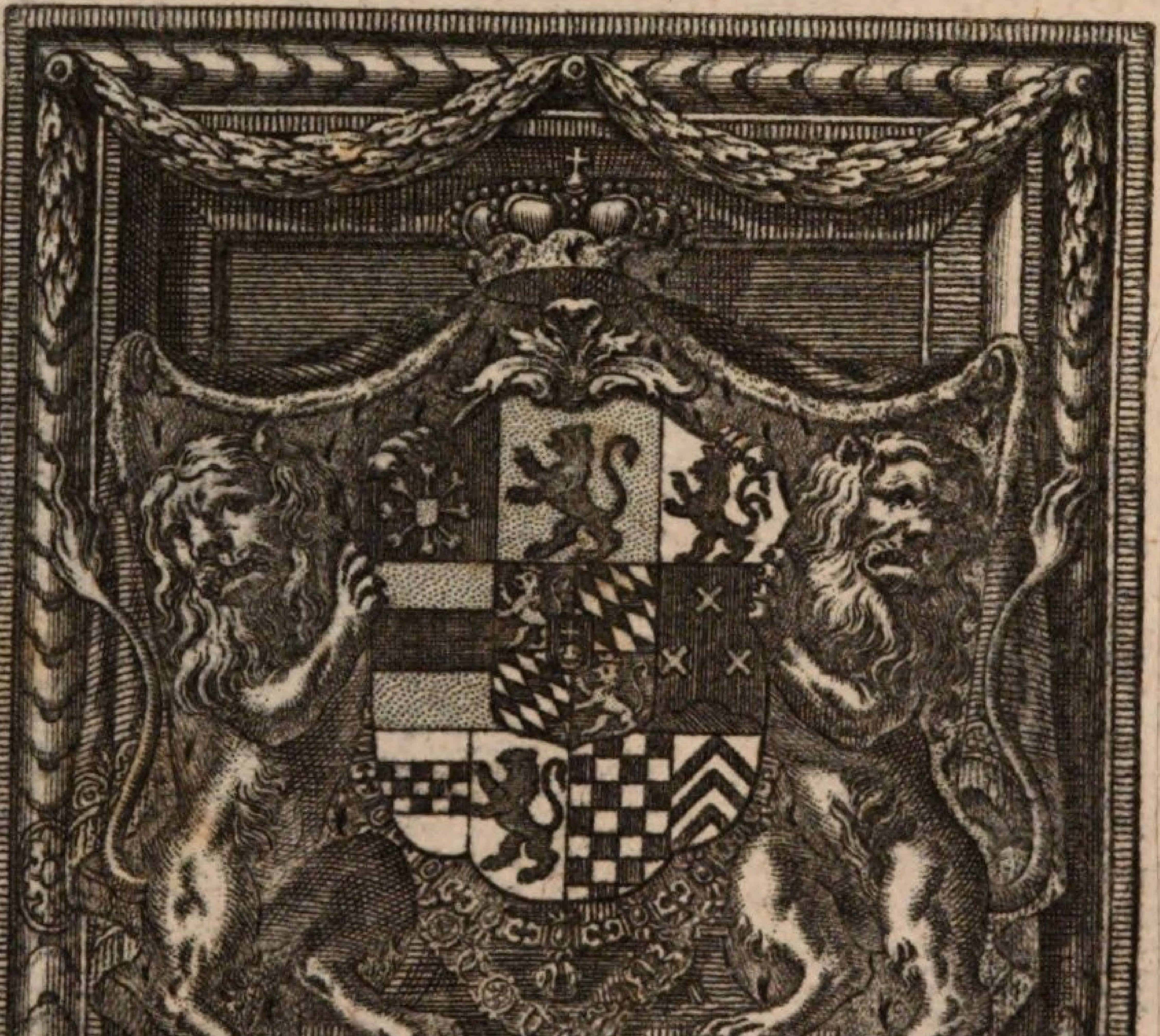
J. pract. 129.



Jus. 2239. b.

<36606329060016

<36606329060016

Bayer. Staatsbibliothek

Ueber die Billigkeit

bey

Entscheidung der Rechtsfälle

von

Ludwig Heinrich Jordan.

D. und Privatlehrer der Rechte zu Göttingen.

Göttingen, 1804.

Bey Heinrich Dieterich.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Dem

Hochgebohrnen Herrn

Friedrich Wilhelm

Graf von der Schulenburg-Kehnert,

Königl. Preußischem wirklichen geheimen Staats-Minister, General-Lieutenant von der Cavallerie und Ritter des schwarzen Adler-Ordens, Chef der Banco-Sachen rc. rc. rc.

meinem gnädigen und hochgebietenden Herrn,

Hochgebohrner Herr Graf,

Gnädiger und hochgebietender Herr,

Eurer Hochgräflichen Excellenz besonderen hohen Gnade verdanke ich die Erlaubniß, Hochdenenselben diesen Versuch unterthänigst widmen zu dürfen. Daher erfülle ich denn auch die schuldigste Pflicht, meinen innigsten, gefühlvollsten Dank laut zu erkennen zu geben, und diesem die ehrerbietigste Bitte um gnädige Nachsicht zuzufügen, wenn mehr durch den Willen und die gute Absicht, mehr durch das eifrige Bestreben, als dessen Gelingen, diese Dedication gerechtfertiget werden möchte.

Schon die Hoffnung, nicht ganz vergeblich für das allgemeine Beste gearbeitet zu haben, gewährt mir unendliches Vergnügen; und dieses wird, — wenn auch die Absicht nicht ganz er-

reicht worden — um so größer, als mich der Wunsch, auch meinem Strebepuncte durch Suchen und Erforschen der Wahrheit näher zu kommen, belebt.

Eure Hochgräflichen Excellenz habe ich Ursach, von meiner Arbeit am ersten Rechenschaft zu geben, — wenn auch selbst nicht in Betracht kommen könnte, daß ich mich unter die Zahl der glücklichen Hildesheimer rechne — und zur ferneren Huld in derjenigen schuldigst ersinnlichsten Ehrfurcht mich unterthänigst zu empfehlen, in welcher ich ersterbe

Eurer Hochgräflichen Excellenz

meines gnädigen und hochgebietenden Herrn,

unterthänigster

David Ludwig Heinrich Jordan.

Göttingen,
den 20. October 1803.

Vorrede.

So klein auch diese Schrift ist, so kann ich ihr doch eine Vorrede nicht fehlen lassen: um wenigstens die Veranlassung derselben und meine Absicht zu erkennen zu geben. Ehe ich noch als Practicant mein Glück versuchte, war stets meine Lieblingsidee, nicht bloß — am wenigsten für immer — dem practischen Fache mich zu widmen; sondern wenn es nur immer möglich seyn würde, vorläufig theoretischen Unterricht mit der Advocatur zu verbinden, und letztere in der Folge der Zeit gänzlich aufzugeben, falls ich Aussichten erhalten würde, die meinem Zwecke günstig seyn dürften. Doch würde ich selbst ohne Rücksicht auf Verhältnisse eine nicht zu sehr ausgedehnte practische Laufbahn um keinen Preis vernachlässiget oder gar zurückgesetzt haben, da ich schon in frühern Zeiten den Vortheil einzusehen wußte,

welcher durch die Praxis erwächst, und den ich erst ganz kennen lernte, nachdem ich davon ziemlichen Gebrauch zu machen, Gelegenheit gefunden. Da ich schon während meiner academischen Laufbahn so glücklich war, das Erlernte andern wieder mitzutheilen, so diente dieses dazu, dadurch meine eigenen Kenntnisse zu befestigen und zu erweitern: und ich habe ganz eingesehen, wie wahr das ist, was der verdienstvolle Herr. Hofr. und Prof. Hugo *a*) sagt: daß es sehr rathsam sey, sobald als möglich das Gelernte wieder andern, es sey um sich gegenseitig zu prüfen, oder um diese zu unterrichten, vorzutragen. Man wisse immer nur das ganz rein und bestimmt, worüber man schon gesprochen oder geschrieben habe. So wie es mir auch auf der andern Seite gelang, schon im letzten Jahre meiner academischen Studien unter Protection einiger geschickten und angesehenen Advocaten in nicht unwichtigen und instructiven Prozessen zu arbeiten. Ich beschränkte mich aber keines

a) Lehrbuch eines civilistischen Cursus, Bd. I. Berlin 1792. Anhang II. §. 380. p. 189.

Weges auf diese oder jene specielle Prozeß-kenntniß desjenigen Landes, worin ich, seitdem ich meine Vaterstadt verlassen, gelebt; sondern ich studierte auch die Rechte und Gesetze anderer Staaten und Provinzen; worunter ich am ersten und am meisten auf das Studium des Preußischen Rechts verfiel. Hier kamen mir viele und zum Theil vortreffliche Schriften zu Statten, die mir diese Sache unendlich erleichterten. Unter allen jenen Schriften zog ich des gelehrten und wegen seiner unendlichen Verdienste allgemein anerkannten großen Mannes, des Hrn. Obertribunal-Raths Klein, Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preußischen Staaten, welche jetzt bis auf den 23sten Band gehen, hervor. Hierin fand ich auch unter manchen andern sehr guten Aufsätzen im 1sten Bande p. 357. eine Abhandlung: Ueber die Billigkeit bey Entscheidung der Rechtsfälle, in 34 Octav-Seiten, welche allein die Veranlassung dieses kleinen Tractats wurde. Hierin werden unter andern folgende Sätze aufgestellt. Die erste Pflicht des Gesetzgebers

ist allemahl, sagt der Hr. Verfasser, die allgemeinen Grundsätze des Rechts auf die im Staate vorkommenden Fälle anzuwenden. Hierbey muß der Gesetzgeber vornehmlich folgende Fehler zu vermeiden suchen. Erstlich muß er sich eben so sehr hüthen, Mißbräuche zu heiligen, als hergebrachte Rechte zu kränken. Zweytens muß das so genannte Durchschneiden mit Billigkeit geschehen. Drittens muß auch der Gesetzgeber der Liebe zu gewissen allgemeinen Sätzen und juristischen Sprüchwörtern nicht zu viel nachgeben.

Auch Hr. O. T. R. ist sehr für die Billigkeit. Und jener Aufsatz ist in der That so schön, daß er gewiß allgemeinen Beyfall verdient. Dessen ungeachtet leistete er mir dennoch nicht volle Genüge, indem das Thema selbst eines Theils zu allgemein, theils aber auch mehr philosophisch als bloß juristisch abgefaßt worden, mithin den Werth in der practischen Anwendung für eigentliche Juristen in mancherley Hinsicht dadurch verringert. Meine erste Bemühung war daher, ältere Abhandlungen und Aufsätze darüber nachzule-

sen: besondere Rücksicht auf das auch hierbey von den Schriftstellern hervorgezogene Römische und Canonische Recht zu nehmen: mit ihnen Vergleichungen anzustellen, und mich dann durch Ueberzeugung zu der einen oder der andern Partey zu wenden, welche behaupten, daß die Billigkeit dem strengen Rechte vorzuziehen, oder nachzusetzen sey. Allein auch hier fand ich den gewünschten Trost nicht, und hielt daher rathsam, mehrere andere Schriften für die auch von mir stets vorgezogene Meinung für die Billigkeit zu lesen, und gerieth hierbey endlich auf den Gedanken, selbst eine Abhandlung, oder vielmehr einen Versuch zu wagen. Die Schriften, deren ich mich nun hierbey insbesondere bedient habe, sind theils angegeben; theils benutzte ich auch außer den Kleinschen Schriften das vorhin schon genannte Lehrbuch eines civilistischen Cursus vom Hrn. H. Hugo und das civilist. Magazin.

In Betreff der angeführten Stellen habe ich deßhalb manche nicht in lateinischer oder andern Sprache hergesetzt, um diese Abhand-

lung auch dadurch nützlicher zu machen. Nur wo es theils des besondern Ausdrucks oder sonstiger guten Gründe wegen nicht gut zu vermeiden war, habe ich die eigenen Worte des Schriftstellers beybehalten. Ein gleiches habe ich auch in Absicht der besondern, nicht gut ganz richtig zu übersetzenden, lateinischen Worte beobachtet; denn wenn gleich über die Geschmacklosigkeit durch die häufige Einmischung lateinischer Wörter und Ausdrücke geklagt wird: so ist doch von der andern Seite gegründet, daß deutsche Acten-Sprache mit lateinischer Gesetzgebung gar nicht zu vereinigen steht. Wie zweckwidrig dergleichen Uebersetzungen sind, und wie gefährlich sie werden können, erhellet schon aus folgenden wenigen, wenn z. B. ein sonst sehr verdienstvoller Rechtsgelehrter peculium — in **Kindergut** — andere iniustum titulum **in unrechtmäßigen** Rechtsgrund rc. übersetzen.

Gern hätte ich gewünscht, diesen Gegenstand ausführlicher zu bearbeiten, wenn Zeit und Muße mir an die Hand gegangen wären. Da aber die practischen Arbeiten, daneben

auch der Privatunterricht in verschiedenen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit, als Hauptbedürfnisse in meinen jetzigen Verhältnissen mir nicht so günstig waren; so muß ich mich leider mit dieser kurzen Abhandlung vorläufig begnügen. Ich bin übrigens ganz der Meinung, daß über diese Materie bisher nur zu wenig gesagt und geschrieben worden: vielleicht daß der Gegenstand selbst zu delicat ist; vielleicht daß mancherley Conjuncturen einen einsichtsvollen Mann abhielten, seine Gedanken hierüber offen und ohne Rückhalt zu äußern. Es ist freylich immer etwas gewagt, in die Sphäre des Richters hineinzugehen, und die Grenzen seiner so oft übertriebenen Willkür gewisser Maßen beschränken, oder doch wenigstens in ihre wahren Schranken zurück führen zu wollen. Und schon in dieser Hinsicht kann ich denn voraussehen, daß meine Abhandlung manchen Stein des Anstoßes finden werde. Allein, überzeugt von der guten Absicht, darf sich niemand deßhalb zurückschrecken lassen. Und so fürchte ich dann auch keines Weges das schiefe Urtheil eines vermeintlich beleidigten

Richters, so bald das größere Publicum meine gute Absicht nicht verkennen wird. Ich werde demnach die öffentlichen Urtheile über meine Arbeit getrost erwarten, und sie gern lesen, so bald sie nur etwas Belehrendes für mich haben können; und in so fern ich nicht schon zum Voraus mit den Vorurtheilen, gegen welche ich etwa angestoßen, oder mit den Mißverständnissen, denen ich mich aussetzen dürfte, bekannt seyn möchte. Ich mache daher auch gar keine Ansprüche auf billige Urtheile von dieser Classe der Recensenten; wohl aber auf diejenigen, welche mit ihren richtigen Beurtheilungen über den ersten Versuch eines Privatlehrers, Belehrungen und gutgemeinte Notizen verknüpfen werden.

Wie sehr unter der Maske von Billigkeit die Gerechtigkeit selbst, in den Gerichten leide, kann nur der am besten beurtheilen, der öftere Gelegenheit gehabt hat, gerichtlichen Verhandlungen beyzuwohnen, und selbst persönlich in Terminen anwesend zu seyn. Einen Beweis von dieser gegründeten Aeußerung werde ich hoffentlich bald, in Zusätzen und Bemerkun-

gen zu des Hrn. Ober-A. R. von Ramdohr Versuch, über die Organisation des Advocatenstandes in monarchischen Staaten, Hannover. 1801. geben: indem es in der gegenwärtigen Abhandlung nicht der Ort ist, mich hierauf einzulassen.

Ich will zwar gern freymüthig bekennen, daß ich mit dem einem Neulinge in schriftstellerischen Arbeiten sehr natürlichen Mißtrauen gegen sich selbst, dem Publicum diesen Versuch, welchen ich selbst nichts weniger als tadellos glaube, vorlege: allein ich kann mir doch schmeicheln, daß mir so viel Gerechtigkeit auch von den ungünstigen Beurtheilern wiederfahren wird, daß ich so vielen Fleiß dabey angewandt habe, als ich nach Zeit und Umständen von andern Arbeiten dazu erübrigen können. Und so bin ich denn schon zufrieden, wenn meine Arbeit nicht ganz überflüssig und unbrauchbar gefunden wird.

Einleitung.

Lange schon schien es Grundmaxime zu seyn, insbesondere nur das Zweydeutige, Fehlerhafte und Gehässige irgend einer Classe von Menschen, irgend eines Standes oder einer einzelnen Person zu zeigen; selten nur das Vollkommene, Gute und Lobenswerthe auszuzeichnen, und sich in Rücksicht des ersteren, besonders über den Advocatenstand lustig zu machen, und ihn mit den gehässigsten Farben zu schildern, ohne zu bedenken, wie gering dessen Antheil an Verzögerung und schlechter Verwaltung der Justiz, an den Mißbräuchen, die sich der Richter zu Schulden kommen läßt, sey. So sehr nun auch die Schriften, älterer und neuerer Zeiten, welche in Rücksicht des Advocatenstandes das Tageslicht erblickt haben, oft genug empörend sind, wenn auch an einem Theilchen der Wahrheit dessen, was darin gesagt worden, nicht zu zweifeln stehen sollte: so würden sie doch eher Aufmerksam-

keit verdienen, wenn nicht alles Gehässige mit der hervorleuchtendesten Anstrengung hervorgesucht wäre, was nur zum Nachtheil dieses unentbehrlichen Standes aufgefunden werden können, und wenn auf jene viel wichtigere Bemerkungen in Hinsicht des Richters und der Verwaltung der Justiz durch denselben mehr Rücksicht genommen worden. Ja, man hat sich nicht gescheuet, die Advocaten bey allen Gelegenheiten, sogar als Urheber und wichtige Beförderer von großen Staatsrevolutionen erscheinen zu lassen. Man sehe nur z. B. **Erörterung der Frage: ob die Abschaffung der Advocaten dem gemeinen Wesen nützlich oder schädlich sey?** Berlin 1780., welche im Leipziger Magazin für Rechtsgelehrte, herausgegeben von Günther und Otto, im zweyten Jahrgange, 1. Bande 3. Stücke, geprüft worden: wo es unter andern heißt: "Bey allen Volksunruhen, bey allen Staatsumwälzungen erscheinen in der Geschichte die Advocaten theils als Anstifter, theils als eifrige Beförderer. Dies ist nicht zufällig! Der Grund liegt in ihren Verhält-

nissen zu dem Staate, zu den einzelnen Unterthanen, besonders in den niederen Ständen. — — leidenschaftlich durch Gewohnheit und Zuneigung gegen diejenigen, die sie schützen, von denen sie ernährt werden: berechtigt auf Ansehen bey allen Volksclassen, aber nur von den niedern, oft bloß um ihres beißigen Trotzes gegen die obern geachtet, und von diesen zurückgestoßen, wenn sie ihnen entbehrlich sind, gelohnt mit Herablassung und leeren Versprechungen, wenn sie ihres Beystandes bedürfen: — Wie sollten sie nicht eine Veränderung der Dinge lieben, die ihren Anhängern Wohlstand, ihren Beleidigern Verderben, und ihnen selbst Rache, Thätigkeit, Ehre und jenen Genuß des Unmuths über versagte Gerechtigkeit bereitet, der zuweilen empfunden, immer leicht uns selbst und Anderen vorgeheuchelt wird?"

Ja, der Advocat wird darin als raubbegieriger Mensch, und der einzelne Bürger als Gegenstand dessen Raubgier, geschildert. "Ihr Heer umschwärmt die Gerichtshöfe, um von dem Streite der Parteyen zu leben, wie

Schaaren von Raubthieren den Armeen folgen, um auf Schlachtfeldern ihre Nahrung zu finden." u. s. w. —

Aber daran wird nicht gedacht, daß theils durch besondere aus der Einrichtung der Justiz- und Prozeßverfassung resultirende Umstände treffliche Gelegenheit gegeben wird, um dem Advocaten zu Dingen, die nicht seyn dürften, nicht geschehen sollten, die Hände zu biethen. Darauf wird in solchen Schriften und pasquillantischen Aufsätzen nur wenig Rücksicht genommen, daß so manches, was man dem Advocatenstande aufbürden will, ganz außer seiner Sphäre, gänzlich außer seinem Wirkungskreise liegt! — Doch einsichtsvolle Männer werden ihn nicht mehr wie jeden andern Stand verdammen, in welchem es eben so viel, vielleicht noch mehr räudige Schafe gibt. Dieses beweiset noch eine neuere Schrift, ich meine des Hrn. Ober-Appellationsraths von Ramdohr zu Celle, Organisationen verschiedener Stände und Gewalten in monarchischen Staaten, erster Versuch, über die Organisation des Advocatenstandes. Hannover 1801.

Dieser verehrungswürdige Mann zeigt die Unentbehrlichkeit dieses Standes. Er legt die bisherigen Nachtheile der bisherigen Einrichtung dieses Standes dar. Dann redet er mit unverkennbaren Gründen insbesondere von der Aufrechthaltung und Vergrößerung, oder vielmehr von der Wiederherstellung des ehemahligen Ansehens desselben. Er gibt hierzu mancherley wichtige und gewiß zweckmäßige Vorschläge. Aber auch er übergeht vieles, vielleicht absichtlich, oder vielleicht, weil er es minder erheblich findet, was doch großen Einfluß darauf haben möchte. Oder er berührt doch manches nur obenhin. Ich zähle unter diese wichtigen Einfluß habende Dinge schlechte Besetzung der Civil- und Criminal-Gerichte, insbesondere aber eine zu große **Willkür** — arbitrium — des Richters. Dieses äußert sich auch besonders bey Zuerkennung der Prozeßkosten. Hier schwanken die Gerichte: Bey Bestimmung und Moderation der Kosten. Wirklicher oder scheinbarer Mangel in Rücksicht der Bestimmtheit einer gesetzlichen Verordnung und deren zweifelhafte Application.

Ungleichförmigkeit der Grundsätze oder die oft willkürliche Anwendung der Vorschriften über die Richtigkeit eines Urtheils. Uebertriebene Willkür des Richters bey Ertheilung von Fristen zu gerichtlichen Verhandlungen. Zu sehr angemaßte Willkür des Richters in Betreff des Beweisverfahrens im Prozesse, in Hinsicht auf Zulassung der Zeugen. Angemaßte, zu weit ausgedehnte Willkür in Absicht der Gründe für oder wider den Erfüllungs= und Reinigungseid. Das willkürliche Durchgreifen des Richters. Die Entscheidung des Richters aus vermeinter Billigkeit, mit Hintansetzung eines klaren und deutlichen, dem Richter aber hart scheinenden Gesetzes. Alle jene Dinge, besonders aber dieses letztere, tragen unendlich dazu bey, den Advocatenstand mit Beschuldigungen zu behelligen, die ihm mit dem größten Unrechte imputirt werden. —

Es liegt nicht in meinem Plane, alles dieses hier zu erschöpfen: sondern es wird diese Abhandlung nur vorzüglich auf den letzteren Nothstand, auf die vermeintliche Billigkeit des Richters sich beschränken.

Es ist wahr, daß ohne einige Willkür des Richters ein Prozeß nicht so geführt wer-

den könne, wie es heilsam seyn möchte. Aber ohne alle Schranken gibt es Aussichten ins Unendliche. Die preußische Gesetzgebung schränkt den Richter weniger ein als in andern monarchischen Staaten geschehen ist. Aber alles dieses läuft doch nur auf den erhabenen Zweck hinaus, den Richter in einer größeren und vollständigeren Selbstthätigkeit zu erhalten, wie solches schon das Circular vom 1. May 1784. erweiset. Die dem Richter in den preußischen Staaten gelassene Willkür beruhet auf Gründen, und auch dabey sind gewisse Gränzen gesteckt, denen man es gleich ansieht, daß sie neben richtiger Anwendung und genauer Befolgung der Gesetze insbesondere die Beförderung und schnellere Beendigung der Prozesse bezwecken. Die Beweise hiervon finden sich in unzählbarer Menge schon in des Hrn. Ober-Tribunalsraths Klein, in der Vorrede angeführten Annalen. Viel früher wurde schon, als Friedrich der Zweyte im Jahre 1748. den Cod. Frid. publiciren ließ, im P. 1. T. 1. §. 14. geordnet: daß dem Kammergerichte zwar die vollkommene Macht und Autorität ertheilet werde, alle dahin gehörige Justizsachen zu entscheiden, und zur

gebührenden Execution zu bringen. Jedoch sollten sie allen Menschen, ohne Ansehen der Personen, Großen und Kleinen, Reichen und Armen, gleiche und unparteyische Justiz administriren, so wie sie gedächten, solches vor dem gerechten Richterstuhle Gottes zu verantworten, damit die Seufzer der Wittwen und Waisen, auch anderer Bedrängten, nicht auf ihr und ihrer Kinder Haupt kommen möchten. Sie sollen auch auf keine Rescripte, wenn sie schon aus dem Cabinet herrühren, die geringste Reflexion machen, wenn darin etwas wider die offenbaren Rechte sub et obrepirt worden, oder der strenge Lauf Rechtens dadurch gehindert und unterbrochen werde; sondern sie müssen nach Pflicht und Gewissen weiter verfahren.

Insbesondere aber soll das Kammergericht und andere Gerichte in allen Sachen und rechtlichen Handlungen zwischen dem Fiscus an einem, und zwischen den Vasallen und Unterthanen am andern Theile, es sey der Fiscus selbst Actor, oder einem andern zur Assistenz gegeben, lediglich die Justiz, als auf welche sie geschworen und beeidiget worden, zum Augenmerke haben, und auf keine wider

die Justiz laufende Verordnungen reflectiren, weil ihnen solche Verordnungen so wenig als das etwa vorgeschützte Interesse zu keiner Entschuldigung dienen soll.

Und nach dem Entwurfe eines allgemeinen Gesetzbuches für die preußischen Staaten ist im 1ten Theile in der Einleitung §. 6 und 7. geordnet: daß niemand durch Machtsprüche an seinem Rechte gekränkt werden solle. Daß Rescripte der Staatsminister oder der vorgesetzten Obercollegien über die Rechte der Unterthanen des Staats nichts entscheiden; sondern nur als einstweilige Verordnungen bis zur näheren Erörterung der Sache gelten sollen.

Diese Abhandlung wird zuerst von dem Begriffe der Billigkeit, aequitas — handeln: sodann aber auch zeigen, ob? und in wie fern der Richter solche vorhandenen deutlichen Gesetzen, wenn sie ihm hart scheinen sollten, vorzuziehen befugt sey: oder wie er sich dabey zu verhalten habe.

Die in dieser Abhandlung zu erörternde Fragen: ob die Billigkeit, aequitas, dem strengen Rechte vorzuziehen sey, und ob der Richter solches thun dürfe? sind auf mancherley Weise bestritten, ohne einmahl das Wort Billigkeit selbst in gehörige Erwägung zu ziehen, und den eigentlichen Begriff davon festzusetzen: oder über irgend einen Begriff sich zu vereinigen: da dieses doch hätte geschehen sollen, bevor man über die Entscheidung jener streitigen Fragen selbst gestritten.

Es gibt über das Wort Billigkeit, aequitas, mancherley Definitionen und Erklärungen, worunter auch manche gesetzliche: z. B. Billigkeit ist, was in gleichen Fällen gleiche Rechte erfordert *a*). In manchen Gesetzen kommt das Wort selbst aber auch ohne Definition und weitere Erklärung vor: z. B. derjenige hört auf, Schuldner zu seyn, der eine gerechte und von der natürlichen Billigkeit nicht abweichende Einrede hat *b*); welches aber augenscheinlich den Begriff des Wortes nicht erläutert. Ferner, das ist durch natürliche

a) II. Feud. 54.

b) l.. 66. D. de Reg. iur. L. 50. tit. 17.

Billigkeit eingeführt, daß der, welcher ungerechter Weise von Fremden gefangen gehalten, und hernach wieder frey wird, nicht Sclave in Rom werden, sondern seinen ehemahligen Zustand behalten soll — qui per iniuriam ab extraneis detinebatur, vbi in fines ſuos rediiſſet, priſtinum ius ſuum reciperet *a*).

Allein die Billigkeit oder das Wort aequitas wird nicht in allen Gesetzen gleichbedeutend, sondern bald so bald anders genommen: auch selbst oft durch ein anderes Wort ausgedrückt, z. B. natürliche Billigkeit *b*), natürlicher Grund *c*), Liebespflicht *d*), gute Willkür des Richters *e*), Willkür des Richters *f*), Gerechtigkeit und Billigkeit (im Gegensatz des strengen Rechts,) *g*), Religion des Richters *h*).

In manchem Gesetze wird dem Richter vorgeschrieben in allen Fällen, besonders bey Rechtsgeschäften die Billigkeit zu beobachten *i*).

a) L. 19. pr. D. de captiuis et poſtliminio.
b) L. 1. de D. minoribus. L. 4. tit. 4.
c) Pr. inſtitut. de nuptiis. L. 1. tit. 10.
d) L. 5. §. 17. D. de agnoſc. et alend. liberis. 25. 3.
e) L. 3. §. 3. D. commodati vel contra 13. 6.
f) L. 45. §. 10. D. de iure fiſci 49. 14.
g) L. 8. C. de iudiciis 3. 1.
h) L. 13. D. de teſtib. 22. 5.
i) L. 90. de Reg. iur. 50. 17.

Man darf sich daher nicht wundern, wenn ältere und neuere Rechtsgelehrte und Schriftsteller zum Theil sehr schwankende und unrichtige Begriffe festsetzen, besonders diejenigen, die stets an gesetzliche Definitionen sich zu halten pflegen: zum Theil statt den Begriff festzusetzen, weitläuftige Erklärungen und Commentationen darüber geben.

Ich halte es zweckmäßig, theils zum Beweise dieser Aeußerung, theils zur besseren Vergleichung und Erklärung einige davon auszuheben. Ich fürchte hier keines Weges die Einwürfe, als ob solches deßwegen geschehe, weil man meistens und am gewöhnlichsten in der positiven Rechtswissenschaft die Definition voransetzt. Denn auch ich will nicht läugnen, daß es ganz richtig sey, daß alsdann die Merkmahle, aus denen sie zusammengesetzt ist, als Folgen aus ihr hergeleitet werden; da doch die Definition eine Folge und Resultat der Merkmahle ist: wenn gleich ferner nicht ganz geleugnet werden kann, daß hierdurch die Definition Sache des Glaubens werde, die bloß mit dem Gedächtnisse aufzugreifen und darin aufzubewahren: das Folgern daraus hingegen Sache des Verstandes werde, und alles dieses ganz gegen den Sinn und die Meinung des Paulus laufe, wenn er sagt: non ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est regula." Indessen ist diese Sache

doch wohl nicht so gefährlich, als sie von manchen *a*) angesehen wird; und der Docent — denn dieser bedient sich insbesondere dergleichen Definitionen — ist gewissermaßen genöthigt, die Merkmahle der Sache oder Lehre zuvor anzudeuten, und zu bestimmen, welches wesentlich vorhanden seyn muß, um einen Satz, eine Lehre zu erschöpfen, um darauf sofort aufmerksam zu machen. Der Docent oder Schriftsteller kennt ja schon jene Merkmahle, und hat daher nicht nöthig, sie erst noch aus der Sache hervorzusuchen. Daß man aber in der Definitionen-Macherey oft zu weit geht, steht wohl nicht zn läugnen. Nur verdient sie sicherlich nicht die verächtliche Behandlung jenes Verfassers der Fragmente. Man darf nur jene Stellen selbst lesen, um sich hiervon hinreichend zu überzeugen. Indessen werde ich doch auch der im ganzen gegründeten Meinung des Verfassers der Fragmente treu bleiben: und wenn ich gleich die Definitionen anderer voranschicke, doch erst an eine richtige Definition denken, wenn die Materie selbst hinlänglich erörtert worden.

Huber sagt *b*): Aequitas nihil quam benigna et humana iuris scripti interpretatio est,

a) Z. B. von dem Verfasser der juristischen Fragmente, Th. 2. Fr. 142. p. 24 ff. Götting. 1802.

b) Digression. Iustinian. lib. I. cap. 5. §. 3.

pro diuersitate singularium, non ex verbis, sed e mente legislatoris facta.

Kreß *a*) aequitas est habitus mentis vel doctrina, vbi secundum *aequalitatis b*) regulas ex rationis ratiociniis haustas, hoc vel illud interpretando, siue iuri supplendo siue demendo, ad imbecillitatem generis humani respiciendo, benigne diiudicamus.

Herr Prof. Hofacker *c*) aequitas dicitur iuris ciuilis correctio, siue emendatio desumta ex praeceptis iuris naturalis, aequitas (adplicata; correctoria) dicitur. An die Vieldeutigkeit des Naturrechts darf man hier nicht denken, da es einen ungenannten Schriftsteller gibt, der — in seinen juristischen Fragmenten — die Philosophie des positiven Rechts in das ältere, das natürliche Recht in das jüngere, und die Metaphysik des Rechts in das jüngste Naturrecht umtaufen wollen. Doch ist zu merken, daß dieser satyrisch schrieb. Er trägt auch noch darauf an, die Metaphysik des Rechts das übernatürliche, das natürliche Recht das natürliche, und die Philosophie des positiven

a) Differt. de aequitate. Helmstad. 1731. cap. I. §. 18. pag. 16.

b) — Aequitatis? —

c) Principia iuris ciuilis romano-germanici. Tubing. 1788. lib. I. cap. I. §. 12. pag. 8.

Rechts das unnatürliche Naturrecht zu nennen. Hätten wir nähmlich eine cumulatio cumulatiua, ferner contractus innominati nominati; so dürften wir auch an jener Terminologie kein Aergerniß finden. Naturrecht hießen aber auch die verschiedenen zum Theil sehr abentheuerlichen Mischungen, die wir durch diese oder jene Zusammenrührung der drey einfachen Stoffe, des natürlichen, übernatürlichen und unnatürlichen Naturrechts, täglich entstehen sähen, z. B. von Sammet, Rüdiger u. s. w.

Herr Hofr. Hellfeld *a*) aequitas sey obligatio naturalis haud reprobata — siue naturales leges non reprobatae a legibus ciuilibus.

Aristoteles *b*) sagt: die aequitas sey ein supplementum eius quod lex praetermisit. Billig sey, was außer dem geschriebenen Gesetze gerecht sey. Billig und gut sey eine Verbesserung des Rechtmäßigen und Gerechten *c*).

Cicero, aequitas est laxamentum iuris; daß man also die Gesetze da wo sie zu hart seyen, mildern müsse. Er sagt ferner, Billigkeit sey, was natürliche Grundsätze anriethen. Sit ergo in iure

a) Iurisprudent. forens. Ienae 1787. lib. I. tit. I. § 26. pag. 7.

b) Aetic. lib. 5. c. 10.

c) Lib. I. cap. 10.

ciuili finis hic, legitimae atque vſitatae in rebus cauſisque ciuium aequabilitatis conſeruatio *a*). Legitimae geht wohl auf ausdrückliche Verordnungen; vſitatae auf Gewohnheit, und die aequabilitas auf die in der Natur der menſchlichen Vernunft vorgeſchriebene Gleichförmigkeit, Uebereinſtimmung, Einheit und Conſequenz. Cicero führt übrigens die Billigkeit als eine Quelle des Römiſchen Civilrechts mit auf, wenn er Top. 5. ſagt: Definitiones aliae ſunt partitionum . . . vt ſi quis ius ciuile dicat id eſſe, quod in legibus, ſenatus conſultis, rebus iudicatis iurisperitorum auctoritate, edictis magiſtratuum, more, *aequitate* conſiſtat.

Hugo Grotius *b*). Es ſey die verbeſſernde Tugend des Willens oder der Abſicht deſſen worin das Geſetz wegen ſeiner Allgemeinheit Mangel habe.

Duarenus *c*). Billigkeit ſey das nicht geſchriebene Geſetz von den gerechten und ungerechten Gedanken; deſſen die Menſchen ohne äußern Antrieb ohne irgend einigen Beweis oder einer wiſſenſchaftlichen Lehre ſich bewußt wären.

a) C. de Of. I. 34.

b) Tr. de aequit. cap. I. §. 3.

c) Ad Leg. I. de pact.

Eine Definition, welcher die des Kreß ähnlich ist, findet sich bey Thomas von Aquino *a*), worin besonders das auffällt, daß die von Kreß auf die Billigkeit, die von Thomas von Aquino aber auf die Gerechtigkeit geht, und beyde Worte doch einander entgegengesetzt zu werden pflegen. Er definirt die Gerechtigkeit durch Gleichheit und Verhältnißmäßigkeit. Ius est aliquod opus adaequatum alteri secundum aliquem *aequalitatis* modum, — welcher entweder in der Sache selbst liege, oder durch Willkür der Parteyen oder der Regierung gemacht werde. "Necessitas legis humanae manat ex eo, quod lex naturalis vel diuina generalis est, et solum complectitur quaedam principia morum per se nota, et ad summum extenditur ad ea, quae necessaria et euidenti elatione ex illis principiis consequuntur. Praeter illa vero multa alia sunt necessaria in republica ad eius rectam gubernationem.

Diese wenigen zum Theil so genannte Definitionen werden meine obige Aeußerung hinlänglich rechtfertigen.

Die Worte des Huber sagen ausdrücklich, daß die Billigkeit in der *benigna et humana interpre-*

a) Vid. Hr. Hofr. Hugo Lehrbuch eines civil. Cursus, Bd. 2. pag. 11.

tatione des Gesetzes nach dem Sinne des Gesetzgebers; nicht nach den bloßen Worten des Gesetzes, bestehe. Er gibt dieses noch deutlicher zu verstehen, wenn er §. IV. sagt: Der Gesetzgeber gebe das Gesetz nach guten und gleichmäßigen Regeln: aber die *ars aequitatis* sey nicht Sache des Gesetzgebers, sondern gehöre zur Pflicht des Richters, welcher die Worte des Gesetzes ermäßigen müsse. Will er hier das Wort mäßigen, temperare, attemperare, als Milderung eines deutlichen Gesetzes annehmen; so läßt sich ihm nicht beystimmen. Denn die Erklärung des Gesetzes nach dem Sinne des Gesetzgebers und nicht bloß nach den Worten des Gesetzes, ist keine Billigkeit, sondern vielmehr Doctrinal-Erklärung, welche nach gewissen Regeln der Kunst geschieht. Sie ist logische, wenn wir den Sinn des Gesetzes durch vernünftige Schlüsse zu eruiren suchen: — die nicht durch Worte, sondern durch sichere Schlüsse aus dem ganzen Contexte erklärt wird. Dieses setzt also voraus, daß das Gesetz nicht so dunkel sey, daß man weder den Wortverstand noch den ganzen Context übersehen könne. In jenem Fall würde absolute Dunkelheit eintreten; und da ruhet das richterliche Officium. Ja, er sagt noch ferner *a)*: Billigkeit sey die Verbesserung des geschriebenen Rechts. Doch

a) L. c. §. IV.

dieses so wohl als das Vorhergehende läßt sich gegen den falschen Schein des Argwohns erläutern, wenn er selbst gestehen muß, daß die ars aequitatis alsdann wegfalle, wenn über die Worte oder den Sinn des Gesetzes kein Zweifel eintrete.

In Absicht seiner gegebenen Definition selbst, zeigt er auch nachher, daß er darin nicht ganz fester Meinung sey. Anders erklärt sich wenigstens die Stelle nicht *a*), wo er sagt: Das Naturrecht sey der Innbegriff des Guten und Billigen: Ohne Zweifel komme die Billigkeit mit der Vorschrift eines richtigen und vernünftigen Grundes überein, wornach die Uebereinstimmung oder die Nichtübereinstimmung mit dem vernünftigen Grunde selbst beurtheilet werde; denn die ars aequitatis leiste nichts anders, als die Beleuchtung oder nähere Bestimmung der Dunkelheit und Zweifelhaftigkeit aus dem hervorleuchtenden Grunde der Vorschrift selbst. Diese Vorschrift sey aber das Naturrecht selbst, wie es die Sache zeige und Grotius lehre u. s. w.

Schon vorläufig muß ich daher auf eine genaue Unterscheidung des Begriffs von der Billigkeit ganz im Allgemeinen und ohne Rücksicht auf vorhandene Gesetze, und mit dieser Rücksicht, aufmerksam machen.

Die nächstfolgende so genannte Definition von Kreß ist eigentlich Commentation und kann

a) L. c. cap. VI. §. I. pag. 13.

deßhalb nicht als Begriffsbestimmung gelten. Denn 1) die Worte diejenige Wissenschaft in Gemäßheit deren nach den Regeln der Gleichheit — ? — geschöpft aus vernünftigen Gründen rc. sind Umschreibung, nicht Definition. 2) Dieses oder jenes auslegungsweise rc. ist gleichfalls Umschreibung. 3) Entweder durch Hinzufügung oder Entziehung rc. Ich muß hierbey einen Augenblick verweilen. Wenn ich mir ein Naturrecht denke, so kann daraus, wenn demselben etwas entzogen oder etwas hinzugefügt wird, füglich ein positives Civilrecht entstehen, wie dieses selbst in einem Römischen Gesetze von **Ulpian** *a*) mit folgenden Worten ausgedrückt wird. Ius ciuile est, quod neque in totum a naturali, vel gentium recedit, nec per omnia ei seruit. Itaque cum aliquid addimus, vel detrahimus iuri communi, ius proprium, i. e., ciuile, efficimus *b*).

Hinzufügend. Wenn Bestimmungen in Betreff desjenigen gemacht werden, was im Naturrechte

a) L. 6. D. de Iustit. et iure. L. 1. tit. 1.

b) Hr. Hofr. **Hugo** im Lehrb. eines Civil. Cursus, Bd. 3. §. 135. S. 152. n. sagt: ius ciuile heiße 1) das Recht eines Volkes, 2) sein positives, eigenes Recht, im Gegensatze des ius gentium im Römischen Sinne. 3) Das Römische Recht. 4) Das Römische Privatrecht. 5) Das nicht prätorische. 6) Das nicht auf einer ausdrücklichen Gesetzgebung beruhende.

nicht überall und allenthalben bestimmt ist. So ist z. B. nach dem Naturrecht der Diebstahl verbothen; und nach positiven Rechten wird die Strafe hinzugefügt. Man hat darüber folgende vier Regeln aufgestellt. I) Wenn durch verheißene Belohnungen oder angedrohete Strafen, mehrere Bewegungsgründe zur Erfüllung natürlicher Verbindlichkeiten gegeben werden: z. B. schon das Naturrecht verbiethet, Sachen, die bloß zur Aufsicht und Verwahrung eingegeben werden, zu veruntreuen. Allein außer dem Ersatz des daraus entstandenen Schadens weiß das Naturrecht von keiner Strafe. Die bürgerlichen Gesetze hingegen setzen die Strafe der Ehrlosigkeit, und in einem gewissen Fall die poena dupli darauf: und die Criminalrechte wollen solches sogar einem Diebstahl gleich bestraft wissen. II) Dadurch, daß den Rechtsgeschäften eine gewisse Form vorgeschrieben wird, von deren Beobachtung die Gültigkeit derselben abhängen soll. Die Veräußerung der Kirchengüter; desgleichen der liegenden Güter der Minderjährigen; hin und wieder auch die Veräußerungen von Immobilien ohne gerichtliche Bestätigung; auch die Schenkungen auf den Todesfall: sieben Zeugen bey einem solennen Privat-Testamente rc., können hier als Beyspiel dienen. III) Wenn Rechte und Verbindlichkeiten durch positive Bestimmungen eingeführt werden, welche das Naturrecht ignorirt. Z. B. bey Testa-

menten, Usucapionen, Pollicitationen ꝛc. IV) Wenn unvollkommene Pflichten in vollkommene verwandelt werden. So verbinden mich z. B. die bürgerlichen Gesetze in verschiedenen Fällen bey Strafe der Theilnehmung, die vorhandenen Verbrechen anderer zu verhindern, sie der Obrigkeit zu entdecken; auch zuweilen begangene Missethaten öffentlich anzuzeigen *a*).

Entziehend. Das geschieht vorzüglich auf zweyerley Art: I) Wenn natürlich erlaubte Handlungen durch bürgerliche Gesetze allgemein, oder nur einer gewissen Classe von Unterthanen verbothen werden, wie z. B. denen Geistlichen und Soldaten die Treibung eines kaufmännischen Gewerbes, ihres Standes und Berufs wegen untersagt ist *b*). II) Wenn einigen natürlichen Zwangspflichten die gerichtliche Wirkung ganz oder zum Theil genommen wird: besonders äußert sich dieses bey Minderjährigen, weiblichen Personen. Nicht weniger bey mancherley academischen Gesetzen für die Studenten.

Wenn aber Handlungen, die an sich unerlaubt sind, im Staate geduldet werden, so ist solches

a) Quistorp Grundsätze des peinlichen Rechts. Th. 1. Abschn. 2. cap 3. §. 61 und 62.

b) C. I. C. 14. qu. 4. c 1. 6. X. ne clerici vel monachi Secular. negotiis se immisceant. Novella 123. c. 6.

weder die Absicht der bürgerlichen Gesetzgeber, noch steht es in ihrem Vermögen, solche Laster dadurch selbst erlaubt zu machen; sondern sie dulden dieselben, um aus mehreren Uebeln das kleinste zu erwählen. Dadurch geschiehet aber im Grunde dem natürlichen Rechte nicht zu nahe. Die Frage, welche hierbey aufstoßen kann, ob und in wie fern nähmlich der bürgerliche Gesetzgeber das Naturrecht in seinem Staate abändern könne, gehört zwar eigentlich nicht hierher: indessen finde ich doch nicht überflüssig sie von Böhmer *a*) sehr schön beantworten zu lassen. Er sagt unter andern: Recta ratio ostendit, *nihil plus* in principem *esse translatum*, quam quod in ipsum transferri *potuit*, quodque ad finem reipublicae obtinendum in eum transferri *debuit*. Non autem *potuit* in eum transferri, *ius cogitationes* singulorum efformandi, et *doctrinam* praescribendi, secundum quam conceptus animi sui formare, et non aliter sentire aut credere debeant de Deo, eius essentia, redemtione per Christum, resurrectione mortuorum, aliisque fidei articulis. Nullo modo homo ita mentis suae est arbiter, vt eam simpliciter alterius arbitrio subiicere, et, quam ei Deus tribuit *facultatem ratiocinandi*, abiicere

a) Diss. de iure circa libertatem conscientiae. In iure eccles. Protest. T. II. §. 20. p. 19. Halae Magdeb. 1762.

queat. Deus ſingulis facultatem dedit, in veritatem inquirendi, verum a falſo diſcernendi, Deum, ſummum illud bonum quaerendi, agnoscendique, media, ſuam voluntatem emendandi, inueſtigandi, ſapientiamque animae ſuae conciliandi, et denique, quae ſaluti aeternae ipſius proficua ſunt, curandi: a ſingulis eo nomine exigit rationes, nec alter pro altero cogitare, iudicare, credere, Deum agnoſcere aut quaerere poteſt. Brutorum, non hominum, haec eſſet philoſophia, quam ipſi gentiles reſpuerunt, et docuerunt, *inter hominem, et belluam hoc maxime intereſſe, quod haec tantum, quantum ſenſu mouetur, ad id ſolum, quod adeſt, quodque praeſens eſt, ſe accommodet, paululum admodum ſentiens praeteritum aut futurum: homo autem rationis ſit particeps, per quam conſequentia cernit, principia et cauſas rerum videt, earumque progreſſus et quaſi anteceſſiones non ignorat, ſimilitudines comparat, rebusque praeſentibus adiungit atque annectit futuras*, vt verbis Ciceronis lib. I. offic. *vtar*. Quid igitur aliud eſt, *libertatem cogitandi, credendi*, in veritatem inquirendi, et ſecundum eam ſe emendandi, ſubditis denegare, quam eos ſocietati belluarum adiungere, *qui ductu ductoris ſui ducuntur, quo velit*, nec rationem eius intelligunt? etc. —

Wenn nun aber durch das Entziehen vom Naturrechte, oder durch das Hinzufügen zu demselben ein ius ciuile entsteht; so ist jener Begriff des Kreß unrichtig.

Eben so wenig können 4) die Worte: rücksichtlich auf die menschlichen Schwachheiten *benigne diiudicamus*, passend seyn: denn dieses für sich genommen setzt ein sonst deutliches Gesetz voraus, welches nach dem Inhalt dieser Worte aus bloßem Mitleid oder aus Gnade nicht in Anwendung gebracht werden soll. Aber wie ist es doch möglich, daß der Richter auf anderer Leute Unkosten großmüthig und barmherzig seyn dürfe: und das ist er doch, so bald er unter aequitas das Ablassen vom strengen Rechte sich denkt. Wie gefährlich eine solche Barmherzigkeit werden könne, selbst gegen den höchsten Landesherrn und Regenten, ist leicht begreiflich. Dann könnte ja der Richter mit Ueberschreitung der Grenzen seines Amts, z. B. in Fällen zwischen Bauern und ihrer Gutsherrschaft rc. aus Barmherzigkeit gegen jene es sich zum Grundsatze machen, ihnen in allen Prozessen, dem bestehenden positiven Rechte zum Trotze Recht zu geben.

Die Hofackersche Definition redet ebenfalls von einer correctio iuris ciuilis, oder emendatio: doch ist sie weit besser als die von Kreß,

ob sie gleich ebenfalls auf die wichtige Frage hinleitet, ob der Richter Gesetze ändern oder mildern könne. Auch müßte man sie wohl nach der Meinung des Herrn Hofacker als Gegensatz des geschriebenen Rechts annehmen.

Die Hellfeldsche Definition kann ich deßhalb nicht ganz annehmen, weil er Billigkeit und Naturrecht gleichbedeutend nimmt, welches doch, wie ich in der Folge zeigen werde, nicht gut möglich ist. Man pflegt sie außerdem noch mannichfaltig abzutheilen. Als, late aequum, idem quod humanum, benignum, aequale, et *aequitas* idem quod *humanitas*, *benignitas*, *aequalitas*, etiam illa quae extra fori cancellas est, et virtus vocatur, ideoque nec obligationem in foro, nec actionem parit, nec tamen eandem excludit, sed ab illa veluti abstrahit. Propter hanc quondam *aequus* erat, qui v. c. fidei commissa (cum nondum speciem iuris induissent) praestabant. — *Vir bonus; qui prodest omnibus quibus potest, nocet autem nemini;* oder *qui ne iure quidem iugulare vult ciuem, dum mauult commemorare, secum posset perdere pepercisse, quam, cum potuerit parcere, se perdidisse.* Oder als *Virtus* genommen; *quae tam communem et singulorum, quam suam vtilitatem, et hominum aequalitatem etiam, nullo iure cogente respicit.* etc.

Dann entstehen mancherley Eintheilungen der aequitas: als in *vera* et *falsa:* die letztere begreife in sich, eine cerebrina, simulata, superstitiosa, enthusiastica. Die cerebrina sey, quae vix aliis rationibus nititur quam proprio Magistri aequitatis cerebro: siue quae non vult ex genuinis regulis sed *conscientiae* suae dictamine iudicari, siue in iudice siue in legislatore, aut consiliario deprehendatur non inter est. Diese nennt man auch wohl eigenes Gutdünken, selbst ermessende Billigkeit, eigen fürgenommen im Rechten, nicht informirtes Gewissen *a*): simulata hingegen eine hypocritische, vt si quis personam aequi mentitur et tamen in legibus, consiliis sententiis suis, nihil *Aequabile* seruat, sed *Portiones* vt *Seneca* vocat, iniquissime turbat, et inaequalissimas reddit, quique aequitatem simulat in exiguis, iniquus est in magnis etc. Aequitas simulata est *duplex iniquitas.* Endlich wird sie genommen, entweder vom natürlichen oder positiven Rechte: als explicatoria und suppletoria: als aequitas iuris oder iuridica: als aequitas legislatoria legumque in genere: endlich als aequitas iudicialis et consultatoria.

Vielleicht ist aber auch wirklich die Festsetzung des Begriffs des Wortes aequitas, Billigkeit, so

a) Ordinat. camer. P. I. Tom. 13. pag. 439. Corp. R. I.

wohl im Allgemeinen als in besonderer Hinsicht auf positive geschriebene Gesetze nicht so leicht, als es dem ersten Ansehen nach scheinen dürfte: und mag es denn daher gekommen seyn, daß man mehr Erläuterungen, Erklärungen und dieses mit sich führende so genannte Commentationen, als wirkliche Begriffsbestimmungen und Definitionen findet. Ich will indessen einen Versuch machen, ob es nicht möglich sey, für beyde Fälle richtige, der Sache angemessene Begriffe und Definitionen zu bilden.

In jener in der Vorrede bereits bemerkten Abhandlung *a*) läßt sich der Verfasser besonders schön darüber aus, wenn er unter andern sagt: "Obgleich „jedermann zwischen Recht und Billigkeit den Unterschied zu wissen glaubt; so beruhet doch derselbe „größten Theils auf undeutlichen Begriffen. Daß „beyde Wörter etwas moralisch gutes bedeuten, ist „keinem Zweifel unterworfen; nur die Grenzlinie, „welche sie trennt, ist schwer zu bestimmen."

"Jede moralische Güte setzt einen nach moralischen Gesetzen genommenen Entschluß voraus. Es „ist also immer ein Mangel moralischer Güte vorhanden, wo irgend eine dergleichen gültige Regel „überschritten wird."

"Deswegen kann Ungerechtigkeit niemahls als „moralisch gut gedacht werden. Denn was man sich

a) Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preußischen Staaten. Bd. 1. S. 357 ff.

„auch unter der Gerechtigkeit vorstellen mag, so denkt „man sich doch immer dabey die Befolgung eines „Gesetzes, und bey der Ungerechtigkeit eine Ver= „letzung desselben.“

„Das Wort gerecht schließt in allen seinen „Bedeutungen den Begriff der vollkommenen Regel= „mäßigkeit in sich. Auch wenn dieser Ausdruck nicht „im moralischen Sinne genommen wird, bedeutet er „doch eine Eigenschaft der Sache, vermöge welcher „sie irgend einer Regel gemäß ist. Man sagt, das „Kleid ist mir gerecht, um die Uebereinstimmung „desselben mit dem richtig genommenen Maße aus= „zudrücken. Auch im Lateinischen bedient man sich „der Ausdrücke iusto tempore, iusta interpretatio, „iusta coniux, iustae nuptiae, um das passende „der Sache und ihre vollkommene Regelmäßigkeit „damit zu bezeichnen.“

“Wenn also die Billigkeit auch etwas mora= „lisch gutes seyn soll, so muß sie keine Abwei= „chung von einer verbindlichen Regel enthalten. „Keine Ungerechtigkeit kann mit dem schönen Na= „men der Billigkeit ausgeschmückt werden. Soll „daher ein Unterschied zwischen Recht und Billigkeit „Statt finden, so muß die Gerechtigkeit der Billig= „keit noch einen gewissen Wirkungskreis übrig gelas= „sen haben; und dieser ist in der That vorhanden.“

“Die Gerechtigkeit besteht in der genauen Er= „füllung der vollkommenen Pflichten gegen andere.

„Nun giebt es aber eine Menge Handlungen, wo=
„durch zwar keine Zwangspflicht verletzt wird, die
„aber doch auch nicht gut geheißen werden können.
„Von diesen werden nur diejenigen unbillig genannt,
„welche sich auf unsere Nebenmenschen beziehen."

"Ein billiger Mann muß also zum Besten an=
„derer ein mehreres thun, als wozu er mit Recht
„gezwungen werden kann. Allein, dieser Begriff ist
„noch zu weit. Ein wohlthätiger Mann thut auch
„zum Besten anderer mehr als die Gesetze befehlen;
„aber billig nennt man ihn erst alsdann, wenn seine
„Wohlthaten der Würdigkeit und den Bedürfnissen
„derer, welchen er solche erzeigt, angemessen sind.
„Wer Fremden Gutes erweiset, und einen nahen
„Verwandten darben läßt, der seiner Wohlthaten
„nicht weniger würdig ist, wird, seiner Wohlthätigkeit
„ohngeachtet, unbillig genannt. Denn die Rücksicht
„auf die besondern Verhältnisse, Umstände und
„Bedürfnisse der Personen ist eine Eigenschaft,
„welche von der Billigkeit nicht getrennt werden
„kann."

"Die strenge Gerechtigkeit sieht allein darauf,
„daß die allgemeine Regel, von deren Beobach=
„tung das Wohl des menschlichen Geschlechts, des
„Staats oder irgend einer besondern Gesellschaft ab=
„hängt, nicht verletzt werde. Wenn z. B. die bür=
„gerliche Gesellschaft es für nothwendig gehalten hat,
„den Diebstahl mit dem Tode zu bestrafen, so wacht

„die Gerechtigkeit mit aller Strenge darüber, daß
„dieses Gesetz ohne Ansehen der Person beobachtet
„werde. Mit eben dieser Strenge wird sie darauf
„dringen, daß jedermann genöthiget werde, sein
„Wort zu halten, weil das Wohl der menschlichen
„und besonders der bürgerlichen Gesellschaft ohne
„Vertrauen in die Zusage nicht bestehen kann."

"Ob nun gleich die Billigkeit, wenn sie nicht
„in Ungerechtigkeit ausarten soll, von einem nicht
„geringern Eifer für das allgemeine Beste belebt
„seyn muß, so nimmt sie doch dabey zugleich auf
„das besondere Wohl der Einzelen Rücksicht, welche
„die zu diesem Zwecke gegebenen Regeln beobachtet
„oder verletzt haben."

"Indem der billige Mann eine Strafe durch
„irgend ein Gesetz bestimmt, denkt er nicht nur an
„den Vortheil, welchen das Ganze aus der Beobach-
„tung desselben ziehen wird, sondern auch an die
„einzelen Personen, die in Versuchung gerathen
„könnten, es zu übertreten. "" Es ist wahr, wird
„er bey sich selbst sagen, der menschlichen Gesell-
„schaft liegt äußerst viel daran, daß jeder bey sei-
„nem Eigenthume geschützt werde. Aber darf wohl
„ein Gesetz, welches vorzüglich zum Schutze der
„Reichen gegen die Armen dient, das Leben der letz-
„teren zum Besten der ersteren in so große Gefahr
„bringen? Bin ich Reicher, der ich nie erfahren
„habe, was Mangel ist, wohl im Stande, mich

„genugsam an die Stelle dessen zu setzen, den die „Dürftigkeit antreibt, sich das Gut Anderer, auch „wohl mit Gefahr seines Lebens zuzueignen? Sollte „eine weniger harte Strafe nicht hinreichen, diejeni„gen vom Stehlen abzuhalten, welche gereitzt wer„den könnten, dieses Verbrechen zu begehen? Und „wenn ja einer oder der andere durch die gelindere „Strafe nicht genugsam davon abgeschreckt würde, „so möchte es doch wohl besser seyn, das Leben, als „das Eigenthum meiner Nebenmenschen zu sichern. „Denn ich darf ja ohnedies nicht hoffen, daß durch „irgend ein Gesetz das Stehlen gänzlich werde ge„hindert werden.““

“In Ansehung der Pflicht Wort zu halten, „wird er auf gleiche Weise verfahren. Er wird die „Wichtigkeit dieser Pflicht einsehen, aber auch auf „die Umstände Rücksicht nehmen, wodurch einer oder „der andere abgehalten werden kann, sein Verspre„chen zu erfüllen. Dieses Versetzen in die Lage An„derer ist dem billigen Manne unter allen Umstän„den eigen. Indem er immer das, was andern „zum Vortheile dient, und also vorzüglich ihre Rechte „erwägt, wird er jede Verbindlichkeit gegen sie auf „das genaueste erfüllen, aber sehr geneigt seyn, von „seinem Rechte gegen sie nachzulassen.”

“Deswegen ist der billige Mann strenge gegen „sich, und gelinde gegen andere.“

"Billigkeit setzt immer eine ausgebreitete Kennt„niß des menschlichen Herzens voraus. Dagegen „hält sich die Gerechtigkeit kurz weg an ihre allge„meine Regel, ohne sich sehr um die Folgen zu be„kümmern, welche aus der Beobachtung oder Ver„letzung derselben entspringen. Diese begnügt sich „oft an dem abstracten Begriffe, inzwischen jene den „allgemeinen Begriff auf die Individuen, von wel„cher er genommen worden, wieder zurückführt."

"Es sey mir erlaubt, die Sache durch ein „Beyspiel zu erläutern. Der Begriff des allgemei„nen Wohls bildet sich durch das Zusammennehmen „des Wohls aller Einzelen, welche die Gesellschaft „ausmachen. Der billige Mann erinnert sich be„ständig an diesen Ursprung des Begriffs; deswegen „schwebt ihm immer der Gedanke vor Augen: daß „da, wo viele Einzele sich übel befinden, das „Ganze nicht zum Besten bestellt seyn könne. Der „unbillige aber klebt am abstracten Begriffe des all„gemeinen Wohls, und ergötzt sich mit dieser Ge„burt seines Gehirns, ohne sich durch das Wehkla„gen der Einzelen aus seinem Traume wecken zu „lassen."

"So ist der Spruch entstanden: Fiat iustitia „et pereat mundus."

"Dieses mag genug seyn, um den Begriff der „Billigkeit festzusetzen, so weit sie überhaupt den

„Charakter eines Menschen bestimmt, es mag der„selbe Privatmann, Gesetzgeber oder Richter seyn."

Man sieht aus dieser Ausführung schon, daß der Verfasser hier von einer Billigkeit im Allgemeinen redet; obgleich immer noch keine eigentliche Definition davon gegeben ist. Aber es scheint doch hieraus eine solche nunmehr leicht gegeben werden zu können. Wenigstens kann man so wohl die Definition der Gerechtigkeit als der Billigkeit aus dem von ihm gesagten sehr gut entwerfen: wornach jene die genaue Befolgung der allgemeinen Regel, von der das Wohl des menschlichen Geschlechts, des Staats oder irgend einer besondern Gesellschaft abhängt, ist: oder die genaue Erfüllung der vollkommenen Pflichten gegen andere. Diese, die Billigkeit aber, die Beobachtung der Regel von der das Wohl des menschlichen Geschlechts, des Staats oder irgend einer besondern Gesellschaft abhängt, jedoch mit Rücksicht auf das besondere Wohl des Einzelen: oder mit Rücksicht der aus der Beobachtung oder Verlezung der allgemeinen Regel entspringenden Folgen.

Ich glaube daß dieses eine treffliche Bestätigung durch die Aeußerung des Hrn. Hofr. Hugo *a*)

a) Lehrbuch eines civilistischen Cursus. Bd. 2. §. 130 und 131. p. 127.

findet, wenn er sagt: So bald Privatrecht seyn solle, entstehe eine nie zu hebende Collision zwischen der Billigkeit und der Consequenz. Nach der Billigkeit sollte gerade eben so der Würdigere, der Bedürftigere vorgezogen werden, wie dies, abstrahirt vom Privatrechte, gewiß geschehen würde, wenn weder Irrthum noch Unrecht dazwischen komme. Nach der Consequenz des Privatrechts werde hingegen auf Würdigkeit und auf Bedürfniß des Einzelnen gar nicht weiter Rücksicht genommen, als dieß gerade die Regeln des Privatrechts selbst, ein für allemahl, mit sich brächten, das heiße nur äußerst wenig. Je älter ein Staat sey, je mehr sich sein Privatrecht schon in frühern Zeiten und unter Umständen, die jetzt ganz geändert wären, gebildet habe, desto härter werde diese Collision werden können. Das Privatrecht enthalte den Keim seiner eigenen Zerstörung in sich, so gut wie jede Theilung der höchsten Gewalt, oder jede Absonderung der Menschen in verschiedene Staaten, denn es sey ein allgemeines Naturgesetz, daß jeder unvollkommene Zustand veränderlich sey. Und an einer andern Stelle *a*) sagt er: Für die Rechtsgeschichte, welche schon so viele einzelne Constitutionen aufgezählt habe, gehöre nur noch die Charakterisirung dieses Justinianischen Privatrechts überhaupt, wie es zwischen Consequenz und Billigkeit, zwischen ein-

a) A. a. O. Bd. 3. §. 298. S. 394.

zelnen Aenderungen und gänzlichen Reformen hin und her geschwankt, und das öffentliche Recht *a*). Hier kommt es uns indessen aber besonders darauf an, zu bestimmen, was unter der Billigkeit des Richters, oder mit andern Worten in Collisionsfällen von vorhandenen Gesetzen und deren Anwendung, oder wenn die Billigkeit vom Richter dem strengen Rechte, dem harten aber deutlichen Gesetze entgegengesetzt werden soll, zu verstehen sey.

Ich habe oben schon den mancherley Sinn der Römischen Gesetze über die Billigkeit angezeigt: worunter manche Stelle ist, wo sie für eine solche genommen wird, welche das Gesetz nicht abändern darf; sondern wo der Richter das Gesetz der Absicht des Gesetzgebers gemäß anwenden soll und muß. Dieser Begriff ist schon nahe an der Genuinität, indem er das Gesetz angewendet haben will, ohne davon abzuweichen; jedoch entfernt ihn der Zusatz — nach der Absicht des Gesetzgebers — deßhalb wiederum etwas, weil dieses immerhin auf eine gewisse Interpretation oder Eruirung des Gesetzes hinzudeuten Veranlassung gibt. Billigkeit kann aber keines Weges in irgend einer Auslegung eines nicht ganz deutlichen Gesetzes bestehen. Deßhalb sagt denn auch der Verfasser obiger Abhand-

a) Es ist wohl zu merken, daß hier die Rede von der vierten Periode von Alexander Sever bis auf Justinian sey.

lung a. a. O. hier — wenn nähmlich von der Billigkeit des Richters, wenn solche dem strengen Rechte entgegengesetzt wird, die Rede ist, — sey der oben angezeigte Unterschied zwischen strenger Gerechtigkeit und Billigkeit nicht mehr in seinem ganzen Umfange brauchbar. Der Richter habe die Verhältnisse der Parteyen nicht gegen sich, sondern unter ihnen selbst zu beurtheilen. Es sey nicht genug, daß er strenge gegen sich, und gelinde gegen andere urtheile. Denn mit der bloßen Gelindigkeit gegen andere reiche man bey Verwaltung des richterlichen Amts nicht aus. Wollten die streitenden Theile nicht von selbst Gelindigkeit gegen einander beweisen, so habe der Richter kein Recht, deßwegen gegen sie Gewalt zu brauchen. Denn seine Gelindigkeit gegen den einen würde Ungerechtigkeit gegen den andern werden.

"Doch wird der oben festgesetzte Unterschied noch „übrig bleiben, daß nähmlich die Strenge des „Rechts sich an die allgemeine Regel hält; die „Billigkeit aber zugleich auf die gute oder schlimme „Wirkung Rücksicht nimmt, welche die Anwen„dung der Regel im gegebenen Falle haben würde."

"Deßwegen setzen diejenigen Rechtsgelehrten, „welche über diesen Gegenstand geschrieben haben, „die Billigkeit des Richters vorzüglich in die ver„nünftige Erwägung der zu beurtheilenden That„sachen."

Auch ich bin dieser Meinung: Und wenn ich alles hierüber Gesagte zusammenfasse und gehörig erwäge, so folgen diese gegründeten Resultate. Billigkeit 1) im Allgemeinen ist nichts anders, als eine genaue Befolgung natürlicher Gesetze. Hingegen 2) als Billigkeit des Richters, bey Entscheidung streitiger Parteysachen bey dem Daseyn positiver Gesetze genommen, nichts anders als die vernünftige Erwägung der zu beurtheilenden Thatsachen; und die Beurtheilung, ob das bestimmte Gesetz auf die Bedingungen des concreten Falls passe, oder nicht. Hieraus ergibt sich dann auch ferner — besonders für diejenigen, welche einmahl gern selbst ohne Noth distinguiren — daß aequitas cerebrina nichts anders sey, als wenn wir etwas annehmen wollten, was weder in positiven noch in natürlichen Gesetzen gegründet ist. So ist denn auch arbitrium iudicis, als aequitas genommen, nichts anders, als wenn der Richter nach der vernünftigen Erwägung der zu beurtheilenden Thatsachen bey der Anwendung des Gesetzes urtheilet. So ist unter andern folgende Stelle zu verstehen: Haeres eius, qui commodatum accepit, pro ea parte, qua haeres est, conuenitur: nisi forte habuit facultatem totius rei restituendae, nec faciat, tunc enim condemnatur in solidum:

quasi hoc *boni iudicis arbitrio conueniat a*). Deßgleichen folgende Gesetzstelle: Fiscalibus debitoribus petentibus ad comparandam pecuniam dilationem negari non placuit, cuius rei aestimatio ita *arbitrio iudicantis* conceditur: vt in maioribus summis non plus quam tres menses, in minoribus vero, non plus quam duo prorogentur, prolixioris autem temporis spatium ab imperatore postulandum est *b*). Nimmt man aber an, daß aequitas als genaue Befolgung natürlicher Gesetze zu nehmen, in Anwendung kommen soll; so steht nun diesem das strenge Recht, — strictum ius — entgegen: wenn man nähmlich die bloßen Worte eines Gesetzes auf das genaueste, im eingeschränktesten Sinne, befolgen soll. Oder wenn man die Anwendung der Gesetze auf die vorliegenden Fälle wie eine mechanische Operation betrachtet; wenn man es so machen wollte, wie ehemahls, da man ganz an den Worten des Gesetzes klebte, und nicht wußte, sich bis zu dessen höherem und erweitertem Sinne zu erheben, den es in der Verbindung mit der ganzen Rechtstheorie hatte; zu einer Zeit, wo man sich an den todten Buchstaben hielt, und den Geist nicht faßte; wie zu einer Zeit, wo man nahmentlich das Römische Recht nicht von der Seite einer Wissenschaft kannte

a) L. 3. §. 3. D. commodati vel contra. 13. 6.
b) L. 45. §. 10. D. de iure fisci, 49. 14.

und studirte. Denn in diesen Fällen ist nichts gewisser, als daß man das Gesetz gegen seinen Zweck zur Anwendung bringt. Welches man wohl die Zeiten der iurisprudentia asinina zu nennen pflegt.

Sie, — die Rechtsgelehrten, — verlangen ferner, heißt es in mehrerwähnter Abhandlung S. 362., daß ein billiger Richter die durch positive Gesetze eingeführte Ungleichheit so viel als möglich mildern, und überall auf die menschliche Schwachheit Rücksicht nehmen solle *a*). Welchen Begriff sie aber auch mit der Billigkeit verknüpfen mögen; so kommen sie doch fast alle darin überein, daß das strenge Recht in einer steifen Anhänglichkeit an die Theorie, die Billigkeit aber in einem vernünftigen Ermessen der Folgen bestehe, welche die Anwendung derselben auf das Wohl des Staats und die einzelnen Mitglieder desselben haben könnte.

Sie finden den Grund des strengen Rechts in gelehrter Prahlerey, die, um ihre gründliche Kenntniß des Textes der Gesetze zu zeigen, die Absicht des Gesetzgebers verfehlt; in der Liebe zu gewissen allgemeinen Regeln, die nicht auf alle Fälle anwendbar sind, und in dem Mangel hinlänglicher Einsichten im Fache der Psychologie, Moral und Politik.

a) Vergl. Kreß a. a. O. c. 1. §. 15.

Dieses ist es, was Cicero nimis callida iuris interpretatio nennt, und das summum ius in summa iniuria verwandelt, wenn es die Ausführung böser Absichten unterstützt.

Unter den vielen Benennungen der Billigkeit gibt es noch eine, die bisher nicht erwähnt ist: nähmlich Humanität. Sie wird aber auf eine eigene Art definirt, als die Fähigkeit zu einem mit der Würde des Menschen übereinstimmenden geselligen Leben. Und die Gerechtigkeit als Gegensatz der Humanität, die Geneigtheit, willig zu thun und zu dulden, was andere von uns zu erzwingen berechtiget sind. Indessen sind beyde doch eigentlich in ihrem Hauptzwecke gar wenig verschieden: denn beyde beziehen sich auf das gesellige Leben. Es gibt nur folgende Unterscheidungs-Merkmahle. Die erstere zeichnet sich durch die größere Ausbildung, deren sie bedarf, die letztere hingegen durch ein lebhafteres Gefühl der Freyheit und Gleichheit aus. Sie lassen sich aber um so mehr mit einander vereinigen, als beyde die Grundsätze befolgen, daß 1) der Mensch sich selbst in seinem Nebenmenschen ehren, 2) das Interesse aller mit seinem eigenen zu verbinden trachten müsse. Ich werde gehörigen Orts dieses weiter auszuführen Gelegenheit finden.

Es gibt nun eine Menge Schriftsteller, welche behaupten, aequitas müsse, selbst dem ausdrückli=

chen aber strengen Gesetze vorgezogen werden: und es fehlt auch nicht an solchen, die dieses verneinen. Ehe ich indessen zur Erörterung beyderley Meinungen übergehe, muß ich eine Distinction erwähnen, die man hierbey zu machen pflegt. Man unterscheidet nähmlich 1) ob entweder gar keine positive Gesetze vorhanden sind: dann müsse das Naturrecht befolgt werden. 2) Oder es wären dergleichen vorhanden: allein a) zweifelhaft: so sey wieder die Billigkeit dem Gesetze vorzuziehen — oder die billigere Auslegung des Gesetzes zu präferiren; nach L. 5. pr. C. de LL. 1. 14 wo es heißt: in legem committit is, qui verba legis contra legis nititur voluntatem, daß sich derjenige an den Gesetzen versündige, der bloß auf die Worte des Gesetzes sich beziehe. Und nach L. 29. D. de LL. in fraudem legis is agit, qui saluis verbis legis eius sententiam circumuenit: der sich bloß an die Worte des Gesetzes binde. Oder b) sie sind deutlich: α) so seye offenbare Billigkeit dagegen: β) oder nicht. Im letzteren Falle müßten alsdann die Gesetze befolgt werden. Der erstere Fall sub α) ist nun der eigentlich streitige Fall. Und wie läßt sich nun behaupten, daß die Billigkeit den Gesetzen, wenn sie gleich klar und deutlich, aber doch hart sind, vorzuziehen stehe: und solches vom Richter ohne Vorwissen und Willen des Gesetzgebers geschehen dürfe?

Die Verneinenden sagen fast einstimmig, wenn das Gesetz deutlich sey, so müsse aequitas nachstehen: als z. B. Hellfeld *a)*, Hartleben *b)* und Glück *c)*.

Bejahend beantworten diese Frage unter andern Böhmer *d)* und Leyser *e)* und andere: im zweifelhaften Falle müßten wir humanitatis rationem dem strengen Rechte vorziehen. Jedoch — insbesondere Böhmer, — mit folgenden Beschränkungen: 1) wenn aequitas nicht cerebrina sey, 2) wie sie von den Gesetzen selbst anerkannt worden 3) Müsse man sich dabey nur vor sophistischen Interpretationen hüthen.

Bliebe man bey der vorhin gegebenen Definition des Wortes aequitas im Gegensatz des strengen Rechts stehen, oder vereinigte man sich hierüber, und setzte man den Begriff lediglich darin fest, daß die Billigkeit im Gegensatz von geschriebenen positiven Gesetzen nichts anders sey, als die vernünftige Erwägung der zu beurtheilenden Thatsachen und die Beurtheilung, ob das bestimmte Gesetz auf die Bedingungen des concreten Falls

a) Iurisprudent. forens. lib. 1. tit. 1. §. 30.

b) Meditat. ad Pand. specim. 4. medit. 9. p. 60 seqq.

c) Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld. Th. 1. lib. 1. tit. 1. p. 177.

d) Compend. Dig. lib. 1. tit. 1. §. 4. n. 2.

e) Med. ad Pand. spec. 3. m. 6. 7. p. 28.

passe oder nicht; so würde überall nicht nöthig seyn, sich mit dieser Frage zu ängstigen, indem solche alsdann gar nicht vorkommen könnte. So lange man indessen über den Begriff noch nicht einig ist, so lange wird wohl noch hin und her gestritten werden: so lange man die Billigkeit bald als Rücksichten auf menschliche Schwäche, als Barmherzigkeit, bald im allgemeinen Sinne, als Naturrecht, nimmt; so lange Humanität durch die Bezeichnung von Weichlichkeit gemißbraucht wird; so lange noch mit dem Worte Gerechtigkeit eine besondere Strenge und Härte, welche diese Namen gewiß nicht verdient, verknüpft wird: so lange werden auch wohl die Meinungen darüber verschieden bleiben: und ehe diese Crise nicht gehoben ist, wird es noch immer sehr schwer fallen, zu begreifen, wie wohl der Richter beydes, Gerechtigkeit und Billigkeit, Gerechtigkeit und Humanität, strictum ius und ius naturale, bey der Anwendung eines Gesetzes auf einen concreten Fall, mit einander mit Wirkung vereinigen könne. Wie leicht dieses aber ist, will ich am Ende dieses Versuchs, nachdem ich die Frage aufstellen werde, wie dann der Richter, welcher gewisse Gesetze, die dem Naturrechte entgegen sind, verwirft, sich zu verhalten habe, wenn ihm Fälle vorkommen, wo er diese Gesetze in Anwendung bringen soll? mit leichter Mühe zeigen.

Bliebe man also allgemein bey der oben gegebenen Definition von der Billigkeit; so würde die bejahende Meinung allerdings ihren Vorzug haben: und der Richter so gar verpflichtet seyn, diese Billigkeit stets vor Augen zu haben. So lange aber der Begriff darüber nicht gleichförmig ist, läßt sich auch nicht sagen, daß der Richter die Billigkeit dem strengen Gesetze vorziehen dürfe. Und so lange noch immer die Billigkeit als Abweichung von dem vorhandenen Gesetze, mit besonderer Rücksicht auf das Verhältniß der Personen und deren besonderen Vortheile und der Folgen, genommen wird, sind die aufgeworfene Fragen allerdings sehr wichtig.

Hellfeld sagt a. a. O., wenn Dunkelheit des Gesetzes vorhanden ist, so kann die Billigkeit vorgezogen werden. Wenn man anders nicht seine Aeußerungen für bloße Interpretation eines dunkeln Gesetzes nehmen soll.

Leyser sagt: offenbare Billigkeit müsse dem strengen Gesetze vorgezogen werden.

Faber *a*) und Wagner *b*) desgleichen. Es werden für diese bejahende Meinung viele Gründe, Beyspiele und selbst Gesetze angeführt. Vorzüglich werden hier zur Entscheidung angezogen L. 8. C. de judiciis. 3. 1. L. 28. C. de testam. 6. 23. L. 183. D.

a) Codex decision. for. lib. 6. tit. 5. def. 2.

b) Differt. de regula, necessitas non habet legem. §. 9.

de Reg. iur. 50. 17. L. 1. C. de ſacroſanctis eccleſ. 1. 2. Cap. vlt. de officio Vicarii, in 6to. Cap. 3. de procurat. in 6to. C. 81. de R. I. in 6to. In L. 8. C. de iudiciis, heißt es: Placuit in omnibus rebus praecipuam eſſe iuſtitiae aequitatisque quam ſtricti iuris rationem. L. 28. cit. ad impoſſibilia non datur obligatio. L. 183. cit. Et ſi nihil facile mutandum eſt ex ſolennibus, tamen vbi aequitas euidens poſcit, ſubueniendum eſt.

Hartleben beſtreitet vorzüglich den Leyſer: und gibt dazu unter andern folgende Gründe an. Er behauptet 1) die von jenem angegebene aequitas euidens et manifeſta ſey vielmehr eine aequitas cerebrina: und bezieht ſich a) auf L. 12. §. 1. D. qui et a quibus manumiſſi liberi non fiunt, wo es heißt: quod quidem per quam durum eſt, tamen ita lex ſcripta eſt. b) L. 1. c. de LL. et conſtit. Princip. Inter aequitatem iusque interpoſitam interpretationem nobis ſolis et oportet et licet inſpicere. 2) Leyſer ſage ja ſelbſt *a*), daß der, welcher ex prohibitione teſtatoris ad teſtamentum condendum — Schaden habe, gegen den prohibens ad reſtitutionem damni klagen könne: dieſes widerſpreche aber ſeiner Meinung über die Billigkeit. Leyſer ſagt daſelbſt: — dum

a) Spec. 375. m. 6. pag. 790.

e. g. notarium, siue, vti in L. 1. *pr. si quis aliquem testari* vocatur, testamentarium, quem testator ad conscribendam vltimam voluntatem inuitauit, ab ingressu prohibent, vel, vt testes aut personae iudiciales non veniant, efficiunt, vel actum testandi dolo malo interrumpunt. Effectus eiusmodi prohibitionis varius est pro casuum diuersitate. Quodsi is, cui ab intestato hereditas debebatur, prohibuerit, si quidem ex liberis vel parentibus sit, testator, qui deinde facultatem testandi recipit, iustam habet eum exheredandi causam. Si vero in ipsa prohibitione moriatur, heredi tanquam indigno aufertur hereditas et fisco vindicatur: ita tamen, vt ceteris legitimis heredibus, fraudis participes non fuerunt, id non nocet, sed hi nihilominus ad reliquam hereditatem admittantur etc. — et illi, quos testator in posteriore testamento heredes vel legatarios facere voluit, vel, qui, qualemcunque laesionem ex prohibitione testamenti in se redundasse, probare poterunt, habebunt vtique actionem contra prohibentem, et quidem, vt recte DD. ex Nov. 134. c. 3. colligunt, ad duplum eius damni, quod passi sunt, restituendum etc.

3) Würde folgen, daß jedes Testament gelten würde, wenn auch die vorgeschriebene Anzahl der Zeugen nicht da sey; und da spreche doch L. vlt. c.

de testamentis et quemadmodum testam. ordin. ganz anders.

4) Wenn alsdann, wenn Zeugen fehlten, es hinreichte, daß man auf jede andere Weise den letzten Willen beweisen könne; so würden alle Testamente ohne Solennität dennoch gültig seyn; welches doch der Absicht des Gesetzgebers offenbar widerstreite.

Hartleben behauptet demnach, daß in dem von Leyser angeführten Beyspiele überall keine offenbare Billigkeit vorhanden sey. Ich will zur sofortigen Beurtheilung dessen gedachten Fall selbst hersetzen a). Detrusus in carceres iniquiores ob falsam accusationem, cum grauissimo morbo laboraret, et ad confitenda peccata parochum, ad suprema vero ordinanda notarium testesque flagitaret, vtriusque petitionis repulsam inhumaniter passus a commentariensi, quod is nonnullorum magistratuum imperio prohiberi se diceret, ne quemquam omnino, nisi impetrata prius venia, accedere pateretur, palam heredem nuncupauerat vxorem suam clarissimam, commentariense ipso praesente cum vxore fratreque. Scripturam ea de re commentariensis, mandante testatore, confecerat, quam subinde testator propria subscriptione firmarat.

a) Specim. 3. medit. VI. Tom. I. p. 29.

Quaerebatur inter vxorem et agnatum, an valeret teſtamentum, cum de teſtatoris voluntate tam per ſcripturam, quam per tres illos teſtes conſtaret, nec difficile tantum, ſed etiam prorſus α' δύναζον fuiſſet, vt plurimum teſtium copia haberetur. Sabaudiae ſenatus nullum id pronunciauit.

Wenn nun auch in dieſem Beyſpiele die von Hartleben vermeinte aequitas cerebrina, d. h., etwas, was wenigſtens nicht nach natürlichen Geſetzen Grund habe, nicht gefunden werden kann: ſo iſt doch Leyſer's Meinung deßhalb noch keines Weges gegründet. Denn der Geſetzgeber hat ja Rückſicht darauf genommen, daß jeder dergleichen Diſpoſitionen bey bequemer Zeit, in geſunden Tagen, machen könne. Aber vielleicht glaubte Leyſer a) daß, weil nicht jeder ſtets die Faſſung hierzu habe, da der Gedanke an den Tod freylich etwas widriges mit ſich führt, wenigſtens bey Menſchen von gewöhnlicher Herkunft, welche oft in der feſten Zuverſicht leben, daß, ſo bald ſie ihr Teſtament, ihre letztwillige Diſpoſition machen, der Tod ihnen alsdann auch gewiß auf dem Fuße nachfolgen werde; ein überraſchender, plötzlicher Tod aber auch etwas ungewöhnliches, wenigſtens außer der Regel ſey; dieſes aber als Ausnahme daher, wie bey ſo manchen andern Dingen, der Natur der Sache gemäß, nicht vermuthet werde: ſo müßte

dieser unverhoffte Fall als besonderer Billigkeits-grund angesehen werden. Daß ferner b) eine ungerechte Gefangenhaltung ebenfalls außer aller Vermuthung liege ꝛc. Aus diesen und ähnlichen Gründen mag Leyser daher haben behaupten wollen, daß, wenn irgend von L. 183. D. de R. I. Gebrauch gemacht werden solle, es hier in diesem Falle gewiß geschehen müsse: et si nihil facile mutandum est ex solennibus, tamen, vbi aequitas euidens poscit, subueniendum est. In dem angeführten Beyspiel wurde der unschuldig incarcerirte abgehalten, seine Verfügung auf den Todesfall zu verfertigen, indem ihm alle Mittel dazu abgeschnitten wurden. Krankheit war also die Hauptursache nicht, sondern auch Gefängniß das Hinderniß. Allein hätte der Gesetzgeber dieses gewollt, so würde er auch anders disponirt haben. Und — er starb ja nicht unbeerbt, sondern bloß ab intestato. Es ermächtiget den Richter nicht, sich darüber hinauszusetzen. Auch der Verfasser mehr bezogener Abhandlung pflichtet dem Leyser nicht bey. Es scheint jedoch, als ob in den nachfolgenden Aeußerungen desselben ein Widerspruch läge: wenn er sagt: die Solennitäten des alten Römischen Rechts hätten sich auf verjährte Gebräuche gegründet. Nur durch Hülfe derselben hätte ein Zwangsrecht gegründet werden können, welchem sich sonst der freye Römer nicht unterworfen haben würde. In

der Folge wären die alten Gewohnheiten noch beybehalten, obgleich der Grund derselben längst weggefallen gewesen. Es sey nicht so wohl ein Gesetz vorhanden gewesen, welches den Mangel der vorgeschriebenen Solennitäten mit der Ungültigkeit der Handlung bestraft hätte; sondern es hätte nur an einem Gesetze gefehlt, welches der natürlichen Verbindlichkeit eine bürgerliche Wirkung beygelegt hätte.

Aber sagten denn die Gesetze, welche die Solennitäten vorschrieben, wirklich nicht, daß deren Unterlassung Nichtigkeit mit sich führen solle? War nicht ein allgemeines Gesetz, oder bey diesem und jenem Geschäfte eine besondere Verordnung vorhanden, die dieses erklärte? Ich sollte denken, daß der Hr. Verf. sich in diesem Falle irrt. Haben wir nicht wenigstens in Betreff der Förmlichkeiten bey dem Testamente dergleichen Nichtigkeits-Erklärungen! Doch der Hr. Verf. redet hier eigentlich von den älteren Römischen Förmlichkeiten, wie aus der Folge erhellet. Er fährt fort: Es verhalte sich bey uns ganz anders. Die zwecklosen Feyerlichkeiten wären größten Theils abgeschafft. Wenn die neuen Gesetze eine Form vorschrieben, so bestimmten sie auch die rechtlichen Folgen derselben. Wollte nun der Richter diese rechtlichen Folgen abändern, so würde er in der

That das Ansehen der Gesetze schwächen, und in die Rechte des Gesetzgebers eingreifen. Gleiche Bewandniß habe es mit den Feyerlichkeiten, welche aus dem neueren Römischen Rechte in unsere Gerichtshöfe übergegangen. Denn dieses hätte ohnedieß die unnützen Solennitäten meisten Theils aufgehoben; und noch mehr sey solches durch den Gerichtsgebrauch geschehen. Dürfte nun der Richter die noch übrigen Solennitäten als unnütz verwerfen; so würde seiner Willkür ein zu freyes Feld eröffnet, als daß nicht unzählige Mißbräuche davon zu besorgen wären rc.

Aber, könnte man diesem nicht entgegensetzen, daß diese Besorgniß nicht so gefährlich sey: das Römische Recht gelte bey uns ja nur in so fern als nicht eigene Landesgesetze demselben entgegenstehen; und solches überhaupt auf unsere heutige Verfassung anwendbar sey. Wenn nun auf andere Art die Gewißheit, z. B. bey einer letztwilligen Disposition ungezweifelt vorhanden sey; so lasse sich nicht einsehen, warum wegen Mangel an den Förmlichkeiten und Solennitäten das ganze Geschäft nichtig seyn solle. Zum Beweise dienen sie nicht; denn so würde unumgänglich erforderlich seyn, daß alle sieben Testaments-Zeugen abgehört werden müßten: da doch im Gegentheil nach der allgemeinen Regel zwey Zeugen hinreichen. Wie wenn einer oder mehrere Zeugen, vielleicht fünf gestor-

ben? wie wenn gar alle sieben verstorben sind? — Ist denn das Testament dadurch nichtig! Dieser Fall könnte besonders bey einem solennen mündlichen Testamente vorkommen. Es sagt der Verf. jener Abhandlung selbst, daß die Förmlichkeiten, die sich auf verjährte Gebräuche gegründet, nur dazu gedient hätten, durch Hülfe derselben ein Zwangsrecht zu begründen, welchem sich sonst der freye Römer nicht würde unterworfen haben. Es seyen diese Förmlichkeiten in der Folge zwar beybehalten worden, obgleich der Grund derselben längst weggefallen gewesen. So wurde ferner bey den Römern eine solenne Eröffnung des Testaments erfordert. Wer will aber wohl behaupten, daß, wenn diese heut zu Tage nicht beobachtet wird, deshalb die letzwillige Verordnung nichtig sey. Und hier hängt es doch wieder von der Beurtheilung des Richters ab, in wie fern er dieses oder jenes Römisches Gesetz für unsere heutige Verfassung anwendbar findet. So verbiethet das Römische Recht z. B. den so genannten mächtigen Personen (potent.) Prozesse oder Forderungen an sich zu kaufen *a*). Da aber unsere heutige Verfassung mit der Anwendung dieses Gesetzes streitet, so muß wohl ein solcher Kauf bestehen, wenn er nur sonst richtig ist. So untersagen auch die Deutschen Rechte den Juden, eine Anforderung von einen Christen an

a) L. 2. C. ne lic. patent.

sich zu kaufen *a*). Man spricht aber selbst bey den höchsten Reichsgerichten nicht nach dieser Verordnung *b*).

Allein, wer sieht nicht augenblicklich das Unzutreffende dieser Einwürfe an ihnen selbst? Wenn gleich richtig ist, daß, wo das Wesen der Handlung mangelt, dieser Mangel durch die Beobachtung der bloßen Form nicht ersetzt werden kann, indem an dem guten Grunde der Regel nicht zu zweifeln steht: daß, wenn das Gesetz gewisse Rechte von einer Handlung abhängig macht, und sodann dieser Handlung eine gewisse Form vorschreibt, da, wo das Wesen der Handlung mangelt, das Recht nicht aus der bloßen Beobachtung der Form entstehen kann. So ist doch hiervon die Frage: ob die Handlung dadurch ihre rechtliche Gültigkeit verliere, weil es derselben bloß an der gesetzlich vorgeschriebenen Form mangelt? gar sehr unterschieden; denn wenn der Gesetzgeber nicht ausdrücklich erklärt hat, daß die Förmlichkeit der Handlung, die er vorgeschrieben, bloß zum bessern Beweise dienen solle: so muß doch der Regel nach, deren Vernachlässigung mit dem Verluste des Rechts selbst verbunden seyn. Und in diesem Falle ist es ja immer einerley, ob der Gesetzgeber ausdrücklich er-

a) R. A. vom J. 1551. §. 79.

b) Handbuch des bürgerl. Rechts in Teutschland. Th. 7. Abth. 2. Buch 3. Cap. 4. S. 659.

klärte, daß das Recht für unerwiesen angenommen werden solle: oder ob er es als ein solches angesehen wissen will, was mit einem Ungültigen gleiche Wirkung habe. — Hat hingegen der Gesetzgeber auf die Hintansetzung der Form eine Strafe gesetzt, so ist anzunehmen, daß das Recht selbst nicht verloren gehen solle. Wem fällt nicht sofort ein, daß so manche neuere und einheimische Gesetze längst Aenderungen, Ziel und Maß getroffen haben! Wer begreift nicht, daß der Richter nur alsdann auf Römische und allgemeine Reichsgesetze zurückgehen darf, wenn es an einheimischen Landes- und Provinzial- oder überhaupt an eigenen Gesetzen fehlt! Und der scheinbare Widerspruch des Hrn. Verf. wird ja von ihm selbst schon hinlänglich widerlegt, da er nur von Förmlichkeiten des älteren Römischen Rechts redet, und dem Richter nichts weniger als eine weitgreifende Willkür einräumt. Leyser meint zwar, wenn man auch dem von ihm angeführten L. 183. D. de R. I. hier L. 12. §. 1. D. qui et a quibus manumissi liberi non fiunt, entgegensetzen wolle; so müsse er doch darauf antworten: id verum quidem est, sed tunc saltem, cum id ipsum, quod iubet lex, durius videtur, non etiam, cum generalis legis dispositio per aequam interpretationem molliri potest.

Allein nicht zu gedenken, daß L. 12 §. 1. D. qui et a quib. man. etc. ohnehin schon nicht mehr

in Anwendung kommen kann, da jene Römische Sclaven, von denen im Gesetze die Rede ist, mit unsern heutigen Sclaven oder Leibeigenen nicht in Vergleichung kommen können; und daß heutige Grundsätze auch schon andere denen gemäße Gesetze und Verordnungen wirklich hervorgebracht haben, redet auch **Leyser** von einer gesetzlichen Verordnung, die er durch billige **Auslegung** gemildert haben will. Hier ist aber von einer billigen Auslegung die Rede nicht. Jene Römische Sclaven standen in erstaunender Verachtung, wurden übler behandelt als die Negersclaven: welche Behandlung durch Manumission ein Ende nahm. Daher entstand denn, wenn der Herr umgebracht war, die Frage: ob die freygelassenen Sclaven extra ministerium eius mulieris frey seyn könnten? Nähmlich deßhalb, weil, wenn sie wirklich frey blieben, alle Tortur gegen sie unterbleiben mußte. Es ist aber in der That kein Menschenverstand darin: vt ne eum quidem seruum, qui extra ministerium eius mulieris fuit, vel in agro, vel in prouincia possit manumittere, vel alienare: *quod quidem per quam durum est; sed ita lex scripta est.*

Hartleben bezieht sich hiergegen auf L. I. C. de LL., wo es heißt: inter aequitatem iusque interpositam interpretationem nobis solis et opor-

tet et licet inſpicere. Es ſagt hier der Kaiſer Conſtantin, wenn zwiſchen der Billigkeit und dem Geſetze ein Streit entſtehe: ſo wolle er allein darüber urtheilen. Indeſſen möchte dieſes Geſetz hier wohl nicht viel entſcheiden, indem der Imperator hier bloß erklärt, daß er das Geſetz interpretiren wolle. Es iſt hier alſo unläugbar die Rede von einem dunkeln oder zweifelhaften Geſetze. Hier ſollte interpretatio authentica eintreten. Auch geht ſolches nur auf den Kaiſer Conſtantin und nicht auf all' und jeden Imperanten. Es dürfte vielmehr den Grundſatz beſtätigen, daß dem Geſetzgeber als dem beſten Ausleger ſeiner Geſetze die Interpretation eines dunkeln Geſetzes vorbehalten bleiben müſſe. Und gerade hieraus würde doch wenigſtens mittelbarer Weiſe das Allegat als Schwächung der Meinung des Hartleben nicht angeſehen werden dürfen.

Weniger anwendbar iſt aber auch die Nouella 18. c. 5., wo es heißt: et ſemper equidem clemens aliquid definimus: ſed quia non hoc cum lege agimus, erubeſcimus. Dieſe Stelle redet deutlich von dem Fall, wo der Geſetzgeber aus bloßer Gnade etwas gegen die Geſetze verſtattet. L. 183. D. de R. I. aber rühre von Ulpius Marcellus her, welcher der Proculejaniſchen Secte zugethan geweſen. Dieſe hätten immer nach

der Billigkeit geurtheilt: überdem spreche diese Stelle von der restitutio in integrum *a*).

Allein es bedarf solcher ängstlichen Beweise nicht. Und überhaupt beweiset auch diese Stelle nichts sonderliches: so wenig als L. 8. C. de iudiciis: da dieses letztere nur zu verstehen ist, wenn die Gesetze dunkel sind.

Die Behauptung des Leyser, Noth habe kein Geboth, sagt Hartleben, gehe bloß ad faciendum: in den Worten: tunc excusat quidem necessitas, si praecise aliquid fieri debeat, ne quis obligetur ad impossibile. Ein Testament müsse aber nicht nothwendig gemacht werden, denn die Gesetze hätten schon auf den Intestatfall Verfügungen getroffen. Ueberhaupt paßt aber auch dieses von Leyser gegebene Beyspiel im mindesten nicht.

Dieses sind nun die wichtigsten Gründe für und wider die verschiedenen Meinungen des Leyser, Hartleben und anderer. Sie alle auszuheben, würde mich zu weit führen. Noch mehrere Gesetze, welche hierauf Bezug haben, sind L. 1. D. de pactis. 2. 14. L. 1. D. de constituta pecunia. 13. 5. L. 7. C. de diuersis rescriptis et pragmat. sanct. 1. 23. — L. 3. C. de donat. quae sub modo. 8. 55. L. 2. §. 5. D. de aqua et aquae

a) Seger. Diss. de Vlpio Marcello. Lips. 1768.

pluuiae arcendae. 3. 34. L. pen. C. ad exhib. 3. 42.

So sehr Hartleben gegen die Meinung des Leyser und dessen Anhänger streitet: so scheint er doch seine Behauptung sehr zu limitiren. Denn er sagt unter andern *a*): bey diesem Streite der Doctoren seye der Mittelweg der sicherste, wornach man annehmen müsse, daß als Regel stets das Gesetz, in so fern es in Rücksicht der Worte und des Sinnes deutlich sey, wenn es gleich hart scheine, unbedingt befolgt werden müsse, jedoch mit Ausnahme einiger Fälle. Hieraus erhelle sodann, daß ungeachtet der Verschiedenheit der Meinungen der Doctoren, dieselben dennoch ihrer Art nach gegründet seyn könnten; so daß die Meinung derjenigen, welche die genaue Befolgung der Gesetze behaupteten, als Regel anzunehmen sey: dererjenigen Meinung aber, welche für die Anwendung der Billigkeit stritten, als Ausnahme von der Regel betrachtet werden müsse.

Allein es kann hierbey keine Ausnahmen geben, wie ich zum Theil schon gezeigt habe und noch zeigen werde, daß alle der Art Ausnahmen nicht als solche betrachtet werden können; sondern entweder auf anderen Gesetzen, Interpretations- und andern Regeln beruhen. Er glaubt auch selbst,

a) Meditat. ad Pand. Spec. IV. pag. 66. in der Mitte.

daß die Regel sey, man müsse das Gesetz, ob es gleich hart scheine, befolgen. Die Aeußerung, daß nicht bloß die Gesetze selbst, sondern insbesondere deren richtige Ration den Ausschlag gebe, befestiget dieses mehr, als es solches schwächen könnte. Er sieht die Billigkeit selbst als unbeständig an, so wie die Denkungsart der Menschen unendlich, und die appetitiones derselben unzählbar; und es so viel verschiedene Meinungen vom Guten und Billigen, als Köpfe gebe. Eine andere Billigkeit gefalle dem männlichen: eine andere dem weiblichen Geschlechte; diese einem Greise, jene einem Jünglinge; was dem geistlichen Stande billig scheine, scheine dem weltlichen unbillig. Die Billigkeit, von der die Römer rühmten, mißfalle den Deutschen. Ueberdem sey dieselbe am öftern äußerst ungewiß und dunkel. Hier führt er das Beyspiel von Otto dem Großen an, auf dessen Veranlassung die Frage, ob die Enkel zugleich mit dem Vaters Bruder zur großväterlichen Erbschaft zuzulassen, durch einen Zweykampf habe entschieden werden müssen. Quis autem volubilem adeo et incertam aequitatem iuris iustitiaeque normam agnoscet? Nonne admissa hac iusti norma merito conqueri possumus, leges habere cereum nasum, et quamcunque in partem inflecti posse. — Ja, fährt er fort, er habe noch verschwiegen, daß öfters dasjenige, was an und für sich billig scheine, nicht ei-

nem jeden Staate zuträglich sey. Verissima sane sunt, quae scribit laudatus *Hommel a*). Inducit forte illa, quam inexorabilem iustitiam possumus dicere, dolores quosdam, sed longe minores, quam aequitas. Haec enim, si propius intueare, acerbiores aegrimonias commouere et multo plus cruciare ciues videtur. Ecce, si aequitatis et iuris simul ratio habeatur, tunc sane, qui in foro altercantur, ille iuri, hic aequo nisus, vnusquisque se iuste, alterum temere litigare putabit, et siue iudex scriptum ius, siue aequitatem sequatur, alteruter necessario tumultuabitur, et iudicem aut inimicum sibi, aut imperitum, aut corruptum arguet. Hinc illae de denegata iustitia lamentationes; hinc tot acerbationes et distractiones animorum; hinc irae atque tumultus ciuium. Contra autem, si ius certum sit, etiamsi durum et iniquum videatur, aegritudines tamen non commouet. Si quis adulescentulo perdituro temere pecuniam crediderit, sibi potius, vt opinor, quam iudici, succensebit, si opposita SCt. Macedoniani exceptione, debitum exacturus, repulsam tulerit. Tolle autem Sctum, fac, iudicem ob solam aequitatem et vtilitatem publicam foeneratori actionem denegasse, tunc im-

a) In Differtat. pro summo iure contra aequitatis defensores, cap. 4.

mani commouebitur ira, tunc conqueretur. Si inquilinus tuus effuderit deieceritue, — si quadrupes tua pauperiem, seruus noxam fecerit, postquam semel firmis legibus constitutum est, vt damnum luatur, quamquam hoc plane iniquum et contra naturam sit, tu tamen condemnatus non lamentaberis. Si autem ob aequitatem hoc iudex, absque lege dictasset, bone Deus! in quam inuidiam adduceretur? Non sunt igitur illae iniuriae, quas subtilitatis studium et obseruatio iuris introduxit, tam lamentabiles, quam illi dolores, quos parit aequitas. Crede mihi, si iure laesus sis, lacrimis nihil facilius inanescet. Est longe melius vnum quandoque aut alterum laedi, quam fortunas vitasque hominum a sola aequitate et arbitrio iudicis, seu, vt rectius dicam, a fato dependere.

Alsdann folgen vier Regeln. Die erste ist: Wenn aus der Beobachtung eines Gesetzes etwas offenbar Abgeschmacktes folgen würde; alsdann sey ein hinreichender Grund zur Billigkeit vorhanden, welche den Richter bewegen könne, von dem Gesetze abzugehen. Denn jedes Gesetz müsse auf vernünftigen Grund gebauet und dem Staate angemessen seyn. Alsdann aber, wenn dieses der Fall nicht sey, könne man nicht annehmen, und von dem Gesetzgeber nicht vermuthen, daß er das Ge=

setz auch auf den Fall, wo es offenbar abgeschmackt seyn würde, habe in Anwendung gebracht wissen wollen: z. B. qui vallum conſcenderit poenae capitalis reus eſto. Subditi ad arcendum hostem vallum conſcendunt. Quis hos condemnare poterit, quin ſimul legem euidentis abſurditatis arguat. — Es werde hierzu aber eine euidens und manifeſta irrationabilitas erfordert, nähmlich eine solche, die einem jeden, auch den rohesten Menschen, imo pueris, qui vix fari poſſunt, deutlich sey; alias, ſi ſufficeret quodcunque abſurdum effinxiſſe, cauillatio, cui nunquam materia deficit, mox rediret, praecipue cum ſaepius ratio particularis, quae Principem ad legem condendam mouit, lateat.

Zweyte Regel. Wenn es nothwendig sey, daß etwas geschehe, und der Nothstand es nicht erlaube, die von dem Gesetze vorgeschriebene Form zu gebrauchen: so trete die Billigkeit ein, daß die Handlung auch ohne Form gelte. Denn die Gesetze könnten und wollten niemand zu Unmöglichkeiten zwingen; auch habe die äußerste Noth kein Geboth. So gelte z. B. die Veräußerung solcher Sachen, die der Kirche, den Minorennen, den Pupillen gehörten, wenn gleich die nach den Gesetzen erforderliche Solennitäten nicht hinzu gekommen wären, wenn nur die äußerste Gefahr des

Verzögerns die Veräußerung nothwendig mache. Ein anders sey es bey Testamenten, welche, wenn die erforderlichen Solemnien dabey fehlten, wenn sie auch nicht hätten adhibirt werden können, nicht bestehen könnten; denn es sey keine Nothwendigkeit vorhanden, zu testiren.

Dritte Regel. Sie, die gesetzliche Verordnung, müsse aus einer praesumtio facti und besondern Nebenumständen hervorgegangen seyn; denn erfordere es die Billigkeit, daß der Richter, wenn diese besondern Nebenumstände fehlten, von dem Gesetze abweiche; z. B. wenn ein Gesetz vorschreibe, daß gegen einen legitim vorgeladenen Beklagten, der in dem peremtorischen Termine nicht erscheine, als gegen einen Ungehorsamen verfahren werden solle: so sey dennoch, wenn er den Ungehorsam auf legitime Art purgire, alles gegen ihn verhandelte zu revociren. Ein anders aber sey es, wenn die gesetzliche Verordnung auf gemeinsame Gefahr fundirt wäre; alsdann bleibe dennoch die gesetzliche Verordnung anwendbar, wenn gleich in einem besonderen Falle jene Gefahr hinwegfalle. So dürfe z. B. ein Minderjähriger unter fünf und zwanzig Jahren, wenn er selbst die reiflichste Beurtheilungskraft besitze, und in Verwaltung seiner Angelegenheiten die beste Vollkommenheit zeige, dennoch nicht ohne erlangte venia aetatis über seine Sachen disponiren.

Vierte Regel. Wenn über dasjenige, was Rechtens sey, von beyden Theilen mit gleich wichtigen Gesetzesgründen gestritten werde; so sey die Meinung zu befolgen, welche die stärkeren Gründe der natürlichen Billigkeit auf ihrer Seite habe. Denn Billigkeit werde in L. 13. de testibus die Religion des Richters genannt: und diese sey am meisten bey dem Rechte zu beobachten: nach L. 90. D. de R. l. und müsse von demjenigen, der die Justiz administrire, stets vor Augen gehalten werden: nach L. 4. de eo quod certo loco. 13. 4.

Abstrahirt von der sonst richtigen Regel des Hartleben, daß der Richter auf das Gesetz sehen, und nur dieses anwenden, nicht auf selbstgefällige Billigkeit Rücksicht nehmen müsse, wenn das Gesetz zwar hart aber doch deutlich sey: ist das freylich nur ein schwankender Grund, wenn er sagt, daß die Menschen so ganz verschieden dächten: einer das für Billigkeit halte, was ein anderer Unbilligkeit nenne: so viel Köpfe so viel Sinne: anders urtheilten Alte von der Billigkeit, anders junge Leute: so die Mannspersonen, anders die Frauenspersonen. Es ist ja hier nicht die Frage von dem Urtheil des Publicums über das Recht und die Billigkeit. Der Richter, dem die Verwaltung der Justiz aufgetragen, kann hierbey in Frage kommen. Das Publicum oder die Partey

nur in so fern, als der eine oder der andere Theil unter der Anwendung des Gesetzes oder der Billigkeit leiden würde. Was geht Frauenspersonen die Verwaltung der Justiz an. Selbst wenn es ein Patrimonial-Gericht ist, so kann die Patroninn ja nicht selbst die Gerichtbarkeit verwalten; sondern sie muß einen Gerichtsverwalter halten; der richtet, und sie hat damit nichts zu thun. Was bekümmert sich aber der Richter darum, ob der Geistliche das für billig hält, was der weltliche Stand unbillig nennt. Genug, wenn er aus Ueberzeugung und mit Kenntniß zu Werke geht. Gemeine oder besondere Meinungen des gemeinen Haufen oder eines einzelnen, entscheiden hier nichts. Man könnte selbst diesem Grunde entgegensetzen, daß die mehrsten Menschen die Gesetze kennen, daß sie wissen, daß auf Vergehungen Strafen gesetzt sind: daß sie aber dennoch dagegen fehlen; und wenn sie gestraft werden, und auch wirklich die Einsicht haben, daß sie die Strafe wohl verdienten, sie dennoch nicht sagen werden, es seye ihnen Recht geschehen: sondern gewiß auf Billigkeit provociren, und Entschuldigungen genug für sich anzuführen wissen werden. Allein so viel ist fast nicht zu widerlegen, daß die Billigkeit, so wie sie sich der gewöhnliche Hause von Menschen zu denken pflegt, ein sehr zweydeutiges, auf beständigen Verwechselungen beruhendes Recht sey. Und

selbst der gelehrte **Kant** *a*) hat solches, so wie z. B. das zweydeutige Nothrecht, gänzlich verworfen. Freylich läßt sich ferner sagen, daß das Beyspiel unter Otto dem Großen hier eben so wenig passen wolle. Es fehlte hier gänzlich an einem Gesetze, so wie es vielleicht an der Einsicht fehlte, ein für diesen Fall passendes Gesetz zu verfassen. Die damahligen Zeiten sind einem jeden bekannt genug. Nach einem so glücklich gemachten Anfange zur Befestigung dieser Regierung — heißt es beym Hrn. Geh. J. R. **Pütter** *b*) — von der Regierung Otto — wäre jetzt für die Aufnahme des Deutschen Reichs eine glückliche Zeit gewesen, wenn Otto nun nur mit Einschränkung auf sein Vaterland sich hätte angelegen seyn lassen, in Künsten, Wissenschaften, und Religion mehr Licht zu verbreiten, dem Faustrechte Einhalt zu thun, bessere Sitten einzuführen, und noch zu retten oder herzustellen, was von Carls des Großen Anstalten noch übrig oder seitdem in Verfall gerathen war. Nur die große Liebe zu den Waffen und des eigenen Rechtsverschaffen konnte dieß bewirken.

Es paßt dieses Beyspiel aber auch deßwegen hier nicht, weil unser Gegenstand nicht ist, von

a) Met. Anf. Gr. der Rechtslehre. S. 41.

b) Grundriß der Staats-Veränderungen des Teutschen Reichs. Götting. 1789. S. 37 ff.

einem zu gebenden Gesetze zu reden; sondern davon, ob die Billigkeit einem selbst deutlichen aber harten Gesetze vorgezogen werden soll. Soll ein Gesetz gegeben werden, so ist freylich rathsam, Gerechtigkeit mit Billigkeit, oder Gerechtigkeit mit Humanität zu verbinden: denn es ist wohl keinem Zweifel unterworfen, daß in einem gut regierten Staate, insbesondere in monarchischen Staaten, Humanität und Gerechtigkeit so mit einander bestehen müssen, daß die eine durch die andere limitirt oder in ihren Schranken gehalten werde. Und derjenige Gesetzgeber, welcher Gerechtigkeit mit Humanität in sich vereiniget, handelt gewiß, wenn gleich ohne klares Bewußtseyn, nach Grundsätzen, aus welchen beyde abgeleitet werden können. In jenem Beyspiele war also nicht die Rede von der dem vorhandenen Gesetze vorzuziehenden Billigkeit; sondern weil kein Gesetz über den streitigen Fall vorhanden war, ward der Zweykampf angestellt, um nach dem Ausfall desselben erst alsdann das Gesetz wegen der Intestat-Erbfolge einzurichten.

Allein auch dieses verringert die Hauptmeinung des Hartleben noch keines Weges. Aber es sind noch andere Einwürfe übrig. Es läßt sich sagen, daß Hommel, in der von Hartleben unter dem Ausdruck elegantissima Dissertatio gerühmten Abhandlung, von Hartleben's Mei-

nung nicht überzeugen könne, indem Rechtswohlthaten der Minderjährigen ꝛc. auf andern Gründen, als alle übrigen Gesetze, beruhen: daß sie oft ein ius prohibitiuum enthalten, daß die Minorennen durch ihre Unwissenheit und wegen der besondern schwankenden Beschaffenheit ihres Alters platterdings keinen Schaden leiden sollen. Man könnte solchem so gar folgendes entgegensetzen: nehme man hier das Gesetz: jemand mit Gewalt anzugreifen ist unerlaubt und durch positive Gesetze mit Strafe belegt. Ich finde nun jemand am Wasser: er will hineinspringen, ich halte ihn mit der heftigsten Gewalt davon ab, ja ich zwinge ihn mit Schlägen davon abzustehen. Kann ich hier als einer, der gegen jenes Gesetz gehandelt hat, angesehen, und nach der Strenge des Gesetzes bestraft werden? Wer wird doch das wohl behaupten! Und doch ist darüber kein Gesetz vorhanden, welches mich von der Strafe befreyet. Jenes Gesetz ist nun klar und deutlich, aber hart: so müßte demnach die Billigkeit dem klaren aber harten Gesetze vorgezogen werden: weil hier die Billigkeit gewiß augenscheinlich und hervorleuchtend, euidens et manifesta aequitas, sey. Allein ich werde demnächst zeigen, daß hier nicht die Rede von einer Billigkeit seyn, sondern vielmehr gesagt werden kann, daß dieses Gesetz auf diesen Fall gar nicht angewendet werden soll. Jetzt bemerke ich, daß

man außerdem den Einwurf machen und die Frage sofort aufwerfen könne? Wozu denn wohl die Interpretations-Regeln dienten? Das Gesetz kommt ja dadurch schon außer Anwendung. Es trete hier vielmehr eine Doctrinal-Erklärung ein, daß nicht die Worte des Gesetzes, sondern der Sinn desselben und die Absicht des Gesetzgebers in Anschlag gebracht werden müßten. Sollte man hierbey dem Vorwurfe sich aussetzen, daß alsdann gerade die Gesetze hier eintreten, die die Gegner zu elidiren suchen, und die Meinung, daß augenscheinliche und unläugbare Billigkeit dem strengen Gesetze vorzuziehen sey, noch mehr befestige? Soll man auf Acten und Erkenntnisse sich beziehen, die vielleicht sonderbar genug den Satz bestätigen, daß der Richter eine vermeintliche Billigkeit vorgezogen habe? Vielleicht waren diese Urtheile auch nur für den Staat anpassend, in welchem sie das Tageslicht erblickten. Es ist in meinen Augen, wo nicht ganz unnützer, doch gewiß ein sehr gewagter Behelf, sich auf Urtheile und so genannte Praeiudicia zu berufen, — den wenigen Nutzen in der Praxis für den Advocaten abgerechnet — so lange es an theoretischen Hülfsmitteln noch nicht fehlt. Es ist außerdem auch gefährlich. Am mehrsten aber ohne Nutzen. Denn wenn gleich beyde Sachen ganz nach einerley Grundsätzen entschieden werden könnten, wenn selbst der Titel des Römischen

Rechts, quod quisque iuris in alterum etc. zur Sprache käme, so wird der Richter doch bey der Regel minimae circumstantiae variant rem, eben so offenes Feld behalten, als bey der noch weit schiefer beurtheilten und oft aufs höchste gemißbrauchten clausula rebus sic stantibus, von welcher unten etwas vorkommen wird. — Vielleicht waren jene Urtheile aber selbst wegen Mangel an Gesetzen erfolgt, oder einfältig, spaßhaft und berückend genug, um selbst gesunden Menschenverstand darin zu vermissen: ohne analogische Gründe ꝛc. Man findet solche Fälle, besonders in England. Herr Hofrath Claproth *a*) hat einige davon erzählt. Indessen war doch folgender Fall, worin der Richter mit großem Leidwesen bedauerte, daß er eine vermeintliche Billigkeit dem Gesetze nicht habe vorziehen dürfen, sehr richtig entschieden *b*). Ein fünfzigjähriger Mann hatte die Tochter seines verstorbenen Freundes zu heirathen ihr und deren Mutter zugesagt. Er führte sie in die Comödie, von da in ein nahes Wirthshaus, machte sie betrunken, und in dieser Unbesinnlichkeit schändete er sie. Er reisete mit ihr von da auf vierzehn Tage nach

a) Vorträge und Entscheidungen gerichtlich verhandelter Rechtsfälle. Götting. 1794. Num. 16. p. 94. Num. 26. p. 154. Num. 51. p. 280. 28. 3. 287. 288 u. 89. Num. 74. p. 538.

b) l. c. p. 280.

einem andern Orte, um, wie er ihr vorbildete, sich mit ihr trauen zu lassen; verzögerte dieses jedoch von einem Tage zum andern, und ließ sie endlich sitzen. Sie klagte auf die Ehe; ward aber, weil die Verlobung nicht ordnungsmäßig geschehen, wie es heißt, zum großen Leidwesen der Richter? mit ihrer Klage abgewiesen. Ich will von einem diesem sehr ähnlichen Falle, der sich erst noch kürzlich in hiesigen Landen zugetragen und vom Consistorium entschieden ist, Anwendung machen. Er ist dieser. Ein junger Mensch verliebte sich in eines Predigers Tochter auf dem Lande: sie mochte auch ihn leiden; sie versprachen einander zu heirathen, die Aeltern wußten darum, der Bräutigam war oft in der Braut älterlichen Wohnung, ja, sie selbst gar einige Wochen bey dem Bräutigam, und es fehlte nicht an Zeit und Gelegenheit eines verbotenen Umgangs sich schuldig zu machen, und diese Beywohnung zum öftern zu wiederhohlen. Es fehlte nicht am älterlichen Consens zur Ehe: es ward die bevorstehende Heirath theils von der Braut Vater selbst, theils mit dessen Bewilligung an verschiedene nahe Verwandte gemeldet: selbst dem benachbarten Prediger von der Braut Vater der Tag der ersten öffentlichen Proclamation angezeigt und dieses zu verrichten gebethen. Es waren wechselseitig Geschenke gegeben, auch dergleichen vom Bräutigam der Braut Mutter gemacht. Das erste Auf-

geboth ward vollzogen. Aber jetzt untersagte der Braut Vater das weitere Aufgeboth und die Copulation. Der Bräutigam klagte bey dem geistlichen Gerichte gegen die Braut und deren Vater auf Vollziehung der Ehe und gegen des letzteren Prohibition. Die Beklagtinn erklärte, sie wolle ihn nicht: und da die gesetzlichen Sponsalien nicht vorhanden, sie auch außerdem noch minorenn sey: so müsse der Kläger mit seiner Klage abgewiesen werden. Das Consistorium verfehlte auch nicht, so zu erkennen: daß, weil es an den gesetzlichen Sponsalien fehle, der Beklagte mit seiner Klage ab- und zur Ruhe verwiesen werde. Lag es nun hier an dem Richter, daß er nicht die Billigkeit dem Gesetze vorzog, oder durfte er solches nicht thun? — Gewiß tritt das letztere ein. Mag immerhin alles dieses die Aeltern wegen ihres einmahl ertheilten Consenses binden, — vorausgesetzt, daß nachher nicht andere rechtliche Gründe eintreten, die dessen Zurücknahme verstatten — so verbindet dieses Alles doch die Braut alsdann nicht, so bald sie wieder abtreten will, und der Bräutigam auf Vollziehung der Ehe gerichtlich klagt; denn alsdann sagt der geistliche Richter mit allem Grunde, daß er, weil es an den gesetzlichen Sponsalien fehlt, mit seiner unbegründeten Klage abgewiesen werde. Hier darf sich der Richter nicht unterstehen, mit einer vermeinten Billigkeit über das Gesetz hinaus

gehen zu wollen. Mag immerhin gesagt werden, daß mehrere Ehen ohne öffentliche Verlobungen vollzogen worden sind; so läßt sich doch nicht sagen, daß sie gegen das Gesetz vollzogen wurden. Denn nur alsdann kann das (bürgerliche Civil-) Gesetz zur Sprache kommen, wenn unter den interessirten Theilen Streit entsteht, und einer von ihnen wider Willen des andern abtreten will. Hier ist nicht die Rede von der Critik der Gesetze: dieses beurtheilt der Gesetzgeber: der Richter muß sie anwenden; und wenn das Gesetz deutlich ist, von aller Interpretation entfernt bleiben. Es steht dem Richter nicht frey, dieses Gesetz etwa so zu interpretiren, als ob der Grund des Gesetzes in der von dem Gesetzgeber befürchteten Unbesonnenheit und Uebereilung der Contrahenten in so wichtigen Geschäften liege ꝛc. Diese aber bey jenen vorhandenen Nebenumständen unerfindlich sey ꝛc. Das würde eine schlechte und gefährliche Anwendung der unglücklichen Regel seyn cessante ratione legis, cessat lex. Wenn gleich die der Geschwächten vor und während der Beywohnung versprochene Ehe, wenigstens nach Römischen Gesetzen, vollzogen werden soll; so leiden doch diese Verordnungen durch einheimische Gesetze Abgang. Ohnehin kommt dieß alsdann auch nur der Geschwächten, nicht dem Schwängerer zu statten, und läßt sich überall nicht sagen, daß in jener Verordnung in Betreff legiti-

mer Sponsalien etwas Unbilliges liege. Selbst schon das Römische Recht, welches in diesem Falle ohne Zweifel anwendbar ist, sagt ja, daß der stuprator die Wahl habe, die Geschwächte entweder zu ehelichen, oder ihr einen Brautschatz oder eine Aussteuer zu geben: daß er die Geschwächte, die er zur fleischlichen Beywohnung durch Versprechungen einer Ehe verführt hat, ehelichen soll, und daß er durch diese Verführung jene alternative Rechtswohlthat verliere. Aber kein Gesetz zwingt — ohne gesetzliche Verlobung nach Landesgesetzen — die stuprata, den stuprator heirathen zu müssen. Sie verliert nur den Brautschatz. Der Gesetzgeber fand diese Verordnung aus guten Gründen gut und heilsam, und der Richter muß sie in Anwendung bringen, wenn sie ihm gleich in gewissen Fällen hart scheinen möchte. Es ist nicht zu leugnen, daß bey diesem eben erzählten Falle so mancherley Umstände eintraten, welche billiger als das Gesetz scheinen, z. B. der älterliche Consens, die Bestellung des Aufgeboths durch den Vater der Braut, der lange Umgang der Personen, die gewechselten Geschenke, ja selbst die Beywohnung. Allein alle diese Bedingungen finden sich im Gesetz nicht: sie sind nicht subsummirt; der Gesetzgeber sagt schlechthin: wo es an dem ordnungsmäßigen Verlöbniß fehlt, soll auch eine Zwangspflicht nicht Statt finden. Ueberhaupt müssen alle diejenigen Beyspiele,

die etwa angezogen werden, um eine Billigkeit des Richters gegen deutliche Gesetze zu beschönigen, vorzüglich beherziget werden, damit wir uns in ähnlichen Fällen dagegen sichern mögen.

Kaum darf indessen bemerklich gemacht werden, welche Aenderungen durch die Verschiedenheiten ehemahliger und jetziger Zeiten eingetreten. Bey uns wird Consens der Aeltern zur Ehe erfordert: nach dem neuesten Canonischen Rechte überall nicht wesentlich. Ehemahls gab es sponsalia de praesenti und de futuro, welche Eintheilung aber jetzt weder von Catholiken noch von Protestanten gemacht wird, weil die Ehe weder durch bloße verba de praesenti, noch durch Beyschlaf, noch vollends durch unbedingtes Verlöbniß entsteht. Wie sehr sind nicht einheimische Landesgesetze in dieser Materie, in Betreff der Minderjährigen, Soldaten, Civilbedienten und Leibeigenen, von denen Verordnungen des Römischen und Canonischen Rechts verschieden. So geht ferner die Ehe quoad vinculum, nicht nach dem Römischen Rechte. Und wie steht es nicht mit denen bey uns fast unerhörten Römischen Adoptionen aus. Wie steht es um die den Römern unbekannte, bey uns hingegen sehr häufige stillschweigende Entlassung aus der väterlichen Gewalt. Wie verhält sich's aber im Gegentheil mit der Paternität bey unehelichen Kindern,

da wir keinen erlaubten Concubinat haben; mithin auch jene Paternität nicht aus dem Römischen Rechte nehmen können. Wie ist es ferner in Absicht der Legitimation, wie wir sie haben, die in der That nichts Römisches ist, sondern nur von daher die Veranlassung hat. Wie sieht es endlich mit den Verträgen und Contracten aus. Es ist zwar nach dem heutigen Römischen Rechte jedes an sich nicht fehlerhafte Versprechen verbindlich und wirkt eine strenge Obligation, so bald es der Person dem Gegenstande und der Handlung nach nicht fehlerhaft ist. Allein die Römische Form der Verträge und Contracte ist gar nicht practisch, indem jedes Pactum nach dem heutigen Rechte so wirksam ist, als in älteren Zeiten die gültigste Art von Verträgen: wie z. B. die durch Handschlag und feyerliche Worte, Stipulation.

Bey Beschädigungen, als zweyte Quelle der Obligationen abstrahirt man von der Römischen nicht practischen und von der heutigen nicht Römischen Form. Bey einigen Urkunden wird nach dem Römischen Rechte nur eine gewisse Zeit lang gemuthmaßet, daß sie nur auf Hoffnung zu empfangenden Geldes ausgestellt seyen, so bald der Aussteller dieses behauptet, bey Quitungen nähmlich dreyßig Tage: bey einer cautio de mutuo zwey Jahre: bey einer cautio de dote ein Jahr, wenn

die Ehe in den ersten zwey Jahren; hingegen drey Monathe, wenn sie in den ersten zehn Jahren wieder getrennt worden ist a). Allein nach Verfluß dieser Zeit läßt die Praxis diese Einrede noch zu, wenn der Aussteller den Beweis führen will.

Noch ein anderer Fall könnte als Einwurf gegen die Meinung des Hartleben und für die Bestätigung der von Leyser angeführt werden. Der Macedonianische Rathsschluß bringt mit sich, daß der filius familias aus einem ohne seines Vaters Wissen aufgenommenen Darlehn nicht verbindlich werden soll. Ja, ein Römisches Gesetz verordnet so gar, daß wenn es der Vater nach des ersteren Großjährigkeit oder Tode ratihabirt, selbst der Vater sich dennoch mit dem Sctum Macedonianum dagegen schützen könne. Es ist dieses ein deutliches unbezweifeltes und ganz klares Gesetz. Wer wird aber doch wohl behaupten, daß dieß noch jetzt in Anwendung komme. Selbst der Minorenne wird aus der nach erlangter Voll= oder Großjährigkeit von ihm geschehenen Ratihabition in Rücksicht desjenigen verbindlich, was er in seiner Minderjährigkeit ungültig übernahm. Es deckt ihn hier kein Sctum Macedonianum, auch nicht die Restitution. Warum soll nun der Vater die Rechtswohlthat jenes Macedonianischen Rathschlusses ge=

a) Hr. Hofr. Hugo Civil. Magaz., Bd. I. S. 448.

nießen, wenn er die Schuld des Sohnes ratihabirt hat. Ist er aus List, Furcht oder Gewalt zur nachherigen Genehmigung verleitet worden, so hat er freylich Rechtsmittel jene nachherige Genehmigung oder Ratihabition zu rescindiren oder zu annulliren: denn sie impediren schon an und für sich selbst die Bewilligung. Aber davon ist hier nicht die Rede. Allein 1) haben wir jetzt andere jene abrogirende Verordnungen, gegen welche jenes Römische Gesetz nicht angezogen werden mag. 2) Stehen selbst jener Römischen Verordnung andere Römische Gesetze entgegen *a*).

Noch ein gedenkbarer Einwurf. Ein anderes Römisches Gesetz *b*) hat den Fall, da sich ein Minorenner in die väterliche Erbschaft mischte, solches nach erlangter Großjährigkeit durch unwiderlegliche Handlungen ratihabirte: und dennoch in den vorigen Stand gesetzt werden sollte. Das Gesetz selbst heißt: scio etiam illud aliquando incidisse: Minor viginti quinque annis miscuerat se paternae haereditati: maiorque factus exegerat aliquid a debitoribus paternis: mox desiderabat restitui in integrum, quo magis abstineret paterna hereditate. Contradicebatur ei, quasi ma-

a) L. 7. §. 15. L. 16. D. ad Sct. Macedon. 14. 6. L. vlt. C. eod. t. 4. 28.

b) L. 3. §. 2. D. de minor. viginti quinque annis. 4. 4.

ior factus comprobasset, quid minori sibi placuit: putauimus tamen restituendum in integrum, initio inspecto. Idem puto, et si alienam adiit haereditatem. Dieses Gesetz ist klar und deutlich; aber ist es auch anwendbar? Es streitet nicht nur gegen andere Grundsätze von der Ratihabition, sondern auch gegen offenbare Billigkeit. So ist denn auch in einem Rechtsfalle, welchen Hr. Geh. J. R. Pütter a) bemerkt hat, auf dieses Gesetz gar nicht Rücksicht genommen worden. Der Gesetzgeber wurde hier nicht erst gefragt, ob man von jenem Gesetze abweichen solle. Allein, wir haben jetzt andere Grundsätze und andere Gesetze in besonderen Fällen: und es läßt sich allem diesem mit wenigen sehr entscheidend entgegnen. Nähmlich: man muß als unumstößliche Regel annehmen, daß wenn ein bestimmtes Gesetz in einem bestimmten Falle angewendet werden soll, das Factische von der Beschaffenheit seyn muß, daß dieses bestimmte Gesetz nach der theils im Gesetze selbst ausgedrückten oder sonst deutlich und unwidersprechlich hervorgehenden Absicht des Gesetzgebers angewendet werden kann. Um meine Gedanken hierüber etwas zu erläutern, will ich auf Criminalgesetze hinweisen, die hier unläugbar analogische Anwendung finden. Wenn z. B. die Frage wäre? wie die Grenzen des Urtheils des Richters über die problematische

a) In dessen Rechtsfällen.

Strafbarkeit eines Subjects nach einem bestimmten Strafgesetze zu reguliren seyen? So würde die Antwort hierauf sehr richtig seyn: daß sie es bloß auf die Beurtheilung reguliren, ob die Anwendung des Strafgesetzes möglich oder unmöglich sey. Der Gesetzgeber bestimmt im Momente der Causalität nichts anders als die absolute Strafbarkeit, oder Unsträflichkeit durch die angegebenen Bedingungen. Es gibt durch diese Bedingungen nur entweder eine vollkommene Strafbarkeit, oder eine vollkommene Unsträflichkeit desselben: es gibt zwischen beyden kein Drittes, und folglich keine Milderung und keine Schärfung der Strafe nach einer Vergrößerung oder Verringerung der Causalität selbst. Denn diese ist unmöglich, und ein Widerspruch mit der Natur jener absoluten Bedingungen; folglich kann der Richter durch Beurtheilung jenes Momentes eben so wenig auf eine Milderungs- als auf eine Schärfungs-Theorie in seinem Urtheil geleitet werden: es ist unmöglich eine erhöhete oder eine verminderte absolute Strafbarkeit im concreten Falle nach den absoluten Bedingungen wahrzunehmen.

Wie könnte doch wohl ein Urtheil des Richters über Verminderung der absoluten Strafbarkeit lauten? Auf welchen Rechtsgrund sollte es sich gründen? — Es müßte eine bloße Unvollkommen-

heit in dem Daseyn oder in dem Wegseyn jener absoluten Bedingungen voraussetzen. Der Richter müßte wahrnehmen können, daß z. B. nur ein halbes Bewußtseyn im Subject vorhanden gewesen sey; oder daß die Gewalt der Natursachen die Freyheit bloß geschwächt oder vermindert hätte, daß es folglich dem Subject bloß schwerer gewesen sey, das Verbrechen zu unterlassen, und daß diese Schwierigkeiten ein Abzug von der Strafbarkeit begründeten. Dieses widerspricht aber ganz der Natur dieser Bedingungen. Diese begründen die volle absolute Strafbarkeit, in wie fern das Bewußtseyn oder die juridische Freyheit möglich waren. Wie will man nun einen Grad davon annehmen, ohne das volle Bewußtseyn, ohne die völlige wirksame Freyheit zu setzen? Der kleinste übrig bleibende Grad von Möglichkeit setzt ja schon die volle Möglichkeit; und eben so begründet ein Grad der Unmöglichkeit die ganze Unmöglichkeit jener Bedingungen. Hr. Dr. Curin *a*) hat dieses weitläuftig und anschaulich ausgeführt.

Diese Meinung läuft zwar gegen die Grundsätze anderer berühmten Criminalisten, besonders gegen die des Hrn. Hofr. Meister's, welcher

a) Versuch einer Darstellung des Rechts peinlicher Vertheidigung. Th. I. Chemnitz. 1801.

behauptet *a*), daß z. B. ein hoher Grad der Unwissenheit in dem, was recht und unrecht ist, bey allen und jeden Gattungen der Verbrechen einen Milderungsgrund der Strafe ausmachen könne, sie möge ihren Grund in einer natürlichen außerordentlichen Einfalt, oder in dem Mangel und der Unvollkommenheit des Unterrichts und der Erziehung haben. Indessen streiten doch beyderley Meinungen eigentlich einander nicht entgegen, indem auch Hr. Hofr. **Meister** zugibt, daß diese Ausnahme der Milderungsgründe nur da Statt finden könne, wo zwar die Unrechtmäßigkeit und Straffälligkeit der Handlung durch den gemeinen Menschenverstand erhelle, wobey aber doch, um den eigentlichen Grad der Größe der Missethat, und insbesondere derjenigen Strafbarkeit, welche ihr in den bürgerlichen Gesetzen beygelegt sey, vollkommen einzusehen, schon einiges weiteres Nachdenken, eine mehrere Anwendung des Verstandes, und zum Theil auch Unterricht und Erfahrung erfordert werde. Hr. Hofr. **M.** nimmt besonders den Grund hierzu vom dolus her; indem nähmlich der Vorsatz zu mißhandeln, vermöge seines Begriffs, die Wissenschaft des Unrechts voraussetze, so müsse nothwendig die Größe der Bosheit, nach Maßgabe der mehreren oder wenigeren Einsicht des Unerlaubten, zu- oder

a) Pract. Bemerk. Bd. I. N. IX. p. 69 ff. desgl. N. VII. p. 47 ff. Nro. VIII. p. 67 ff.

abnehmen. Auch sagt *Hugo Grotius a*) ſicut ergo, circa leges ciuiles eos excuſamus, qui legum notitiam aut intellectum non habuerunt, ita et circa naturae leges par eſt, eos excuſari, quibus aut ratiocinationis imbecillitas, aut praua educatio, obſtant. Nam ignorantia legis, ſicut ineuitabilis ſi ſit, tollit peccatum, ita etiam cum aliqua negligentia coniuncta, delictum minuit. Dieſe Stelle des Hugo Grotius möchte aber mit dem wohl nicht übereinſtimmen, was Hr. Hofr. Meiſter vorhin von der Unanwendbarkeit der Grundſätze im Beweiſe in Civilſachen, auf Criminalfälle, zu Erkennung einer arbiträren oder außerordentlichen Strafe anſtatt der Tortur geſagt hat. Es darf daher allerdings auffallen, warum dieſe Vergleichung hier, und nicht auch bey jenem Statt finden ſoll, da beydes doch auffallende Aehnlichkeit hat. Indeſſen bedürfte es wohl dieſer Vergleichungen überall nicht, um die Meinung des Hrn. Dr. Turin mit der des Hrn. Hofr. Meiſter in Uebereinſtimmung zu ſehen, welche doch wirklich vorhanden iſt, wenn gleich verſchiedene Darſtellungsarten der Sache gebraucht ſind. Hr. Hofr. Meiſter redet von einer mehreren und wenigern Zurechnung oder Imputation, Hr. Dr. Turin hingegen von dem Daſeyn oder Wegſeyn der Bedingungen des Geſetzes. Die unendlichen Schwierigkeiten bey der

a) De iur. bell. et pac. lib. 2. c. 20. §. 43. n. 2.

Anwendung der Grundsätze von Milderung der Strafe leugnet aber selbst Hr. Hofr. **Meister** in den angeführten und andern Stellen nicht *a*).

Ich bin nur zu sehr überzeugt, daß diese Grundsätze auch bey Urtheilen des Richters in Civilfällen und bey der Anwendung von Civilgesetzen ohne Ausnahme Statt finden können und müssen. Freylich wird es nicht an Einwürfen, und besonders nicht an demjenigen fehlen, daß man sagt, das Civilrecht betreffe besonders die Entschädigungen; das Criminalrecht hingegen nur Bestrafungen. Aber ist denn nicht diese Strafe auch Entschädigung, Entschädigung des Staats?! — Macht es einen so großen Unterschied in Beurtheilung der Grundprincipien von Entschädigungen, ob solche von einzelnen oder Privatpersonen, oder vom Staate gefordert werden? Oder ist das Recht auf Strafe von so ganz anderer Art, als das Recht auf Entschädigung? Oder ist die Strafe am Ende wohl etwas anders, als Entschädigung, welche dem Staate geleistet wird? Der Staat hat das Recht, Befehle zu geben und zu verlangen, daß solche auch befolgt werden. Räumt man dieses ein, so folgt ganz natürlich weiter, daß der Staat die Befugniß habe, von demjenigen Entschädigung zu verlangen, welcher ihn in seinen Rechten beschä-

a) L. c. Bd. 2. Nro. XIII. p. 134 seqq.

diget und jene Befugniß thätlich kränkt. Warum soll man denn nicht auch darüber sich vereinigen können, das Criminalrecht in dem Grundsatze der Entschädigung dem Privatrechte gleichzustellen, oder wenigstens doch damit zu vereinbaren. Selbst der Hr. Klein denkt so, und äußert, — wenn ich nicht irre — in einer in der Academie der Wissenschaften zu Berlin gehaltenen Vorlesung, diese und ähnliche Grundsätze. Mit ihm läßt sich behaupten, daß durch diese Gemeinschaft des Princips der Entschädigung im Criminalrechte mit dem Civilrechte, die Theorie des Criminalrechts sehr viel gewinnen müsse, weil in jener Gemeinschaft eine gute Anleitung liegt, die Theorie des Criminalrechts bis zum reinen Rechte zu berichtigen: weil sich nach gründlicher Behauptung großer Rechtsgelehrten nur im Privatrechte noch der Charakter des reinen Rechts behauptet hat. — Oder soll Strafe, welche der Staat wegen thätlicher Kränkung seiner Rechte fordert, Rache seyn? Oder Abschreckungsmittel? Wollten wir jenes bejahen, dann fielen wir offenbar ins Thierische. Und Abschreckungsmittel gehört in ein anderes Fach: denn wozu diente uns sonst wohl Criminal-Moral und Criminal-Politik. Gewöhnlich definirt man, das peinliche Recht begreife die Rechtssätze von Bestrafung der Verbrechen. Strafe sey ein Uebel, welches jemand, der eine Handlung begangen, deswe-

Bayerische Staatsbibliothek München

gen zugefügt werde, um ihn und andere davon abzuhalten. Allein dieses steht obigem nicht entgegen, und selbst der verdienstvolle Hr. H. Hugo bemerkt *a*), daß dieser Begriff wieder historisch sey, und deswegen noch nähere Bestimmungen hinzu gehörten. Die bloße Nichtigkeit der Handlung, die Entschädigung des Beleidigten, selbst zuweilen die Infamie, z. B. bey dem Betrug in einigen Contracten, nennt man nicht eine Strafe, und die Handlung nicht ein Verbrechen. Wenn nun aber auch das Criminal-Recht als zum ius publicum gehörig in dem Grundsatze von Entschädigung dem Privatrechte gleichgestellt, oder zum wenigsten damit zu vereinbaren gesucht wird; so läßt sich deshalb noch keines Weges behaupten, daß das ganze Criminalrecht zum Privatrechte gerechnet werden müsse: denn es mag ja immer eingeräumt werden, daß z. B. der Dieb nicht bloß dem Bestohlenen, sondern dem Ganzen zu Liebe bestraft werde: und deshalb dieser Gegenstand unter die juristischen gehöre, quae publice vtilia sunt, was nähmlich immediat auf das Ganze sich beziehe. — Und so wie also eine Milderungs- oder Schärfungstheorie in Criminalfällen nicht gedenkbar ist; eben so ist auch in Civilfällen an ein Mittelding, zwischen Condemnation und Absolution nicht wohl zu denken.

a) Lehrb. eines Civ. Curs. Bd. I. Th. I. S. 82.

Mithin das Verhältniß oder die Uebereinstimmung des Criminalrechts mit dem Civilrechte sehr richtig.

Angewendet auf Civilrecht, folgt das Resultat. Findet der Richter, daß das bestimmte Gesetz auf den concreten Fall anwendbar ist; so darf er sich an die scheinbare Härte desselben nicht stoßen. Es liegt außer der richterlichen Sphäre, die Härte oder Milde des Gesetzes bey dessen Anwendung beurtheilen zu wollen. Dieses beurtheilt der Gesetzgeber selbst. Ist das Gesetz hingegen für den concreten Fall nicht anwendbar, so sind andere Quellen vorhanden, aus welchen der Richter schöpfen muß. Er kann weder etwas abnehmen, noch hinzuthun: sondern er hat bloß darauf zu achten, ob der concrete Fall, diejenige Causalität vorhanden ist, auf welche das Gesetz anwendbar gemacht werden könne.

In dem oben bemerkten Falle von dem gewaltsamen Zurückhalten eines Menschen, der ins Wasser zu springen und sich selbst zu entleiben drohete, ist keine Billigkeit des Richters vorhanden, — wenn man nähmlich solche als Abweichung von einem Gesetze ansehen will — wenn er den gutmeinenden Mann, der ein Unglück verhüthen wollte, nicht als einen böslichen Anfäller, aggressor, bestrafte: sondern es fehlte an den Bedingungen, an

der Causalität, worauf das Gesetz angewendet werden sollte. Der Richter würde vielmehr offenbar gegen das Gesetz gehandelt haben, wenn er solches da anwenden wollte, wo es überall keine Anwendung finden konnte. Es bedarf daher überall keiner Interpretation, da das Gesetz nichts weniger, als undeutlich ist, indem es nur für denjenigen Strafe ordnet, der jemand aus böslichem Vorsatze durch die Aggression Schaden zufügte oder zufügen wollte, und gerade dadurch als aggressor angesehen werden müßte. Das ist aber in dem gegebenen Beyspiele der Fall nicht. — Jene in England vorgefallene Rechtsfälle führte ich nur als Beyspiel an, welche abgeschmackte Fälle vorkommen können, und wie man sich vor ihnen zu hüthen habe. Allein sie widersprechen der Behauptung nicht.

Um nun aber die von Hartleben gegebenen vier Regeln zu beurtheilen, mag folgendes dienen. Er sagt in der ersten: wenn aus der Beobachtung des Gesetzes etwas offenbar Abgeschmacktes folgen würde, dann sey ein hinreichender Grund zur Billigkeit vorhanden, welcher den Richter bestimmen könne, von dem Gesetz abzuweichen. Denn jedes Gesetz müsse auf vernünftigen Gründen beruhen, und der allgemeinen Wohlfahrt des Staats angemessen seyn; widrigenfalls könne vom Gesetzgeber nicht vermuthet werden, daß er das Gesetz auch

auf den Fall angewendet wissen wolle, aus welchem offenbar eine Abgeschmacktheit hervorgehen würde. Nun beruft er sich dennoch aber auf L. 12. §. 1. D. qui et a quibus manumissi liberi non fiunt. Hierin ist, wie ich schon oben zum Theil bemerkt habe, die Rede von der Tortur der Knechte oder Sclaven, wenn deren Herr plötzlich ums Leben gekommen war. Der Verordnung dieses Gesetzes nach, sollten auch die Sclaven außer dem Ministerium der Frau, oder die auf einem entfernten Landgute waren, torquirt werden, ehe das Testament des verstorbenen Herren eröffnet würde. Der Grund, oder die ratio des Gesetzes war der. Kein Römischer Bürger oder freyer Mensch konnte torquirt werden. Sclaven wurden als Sachen, res, behandelt, und mußten sich die Tortur gefallen lassen. Nun konnte es aber seyn, daß einer von diesen Sclaven etwas von dem Tode des Herren wußte, oder ihn selbst getödtet hätte. War ihnen allen nun im Testamente die Freyheit vermacht, — welche augenblicklich acquirirt wurde — so konnten sie als freye Menschen nicht mehr torquirt werden. — Augenfällig ist also die Unanwendbarkeit dieses Gesetzes: und dennoch bezieht sich Hartleben darauf. Ganz anders ist ja die heutige Verfassung. Unsere Leibeigene sind, selbst da, wo sie noch am allerhärtesten behandelt werden, nicht nach Römischen Grundsätzen über die Sclaverey zu beurthei-

len. Sie sind nicht res, sondern Personen, also Menschen nach unserm, nicht ganz so nach Römischen Begriffen. Die Sclaverey kommt in Deutschland überhaupt nur in so fern vor, als sie in andern Welttheilen eingeführt ist, und wir keine gegründete Regel aufzuweisen haben, daß sie durch den bloßen Aufenthalt bey uns wegfallen soll *a*). Uebrigens gibt man auch allgemein zu, daß die Römische Lehre von der Sclaverey bey uns nicht practisch ist *b*). Bey uns können aber auch die freyesten Menschen torquirt werden *c*), wenn nicht hier oder dort bey irgend einem Stande besondere Ausnahmen durch specielle Gesetze gemacht sind. Ja, ich glaube behaupten zu können, daß diese erste Regel meinen Satz mehr bestätiget, als demselben widerspricht. Freylich läßt sich nicht in Abrede stellen, daß wenn aus der Beobachtung eines Gesetzes eine offenbare Abgeschmacktheit folgen würde, die Anwendung der Billigkeit — oder hier die Anwendung des Naturgesetzes — bessere Dienste thun würde, weil ein jedes Gesetz auf vernünftigen Gründen beruhen muß. Freylich läßt sich der Meinung nicht widersprechen, daß ein zu strenges Gesetz nicht vernünftig sey, sondern etwas Absurdes

a) Hr. Hugo, Civil. Magaz. 1. 3. S. 356.
b) Hr. Hugo a. a. O. B. I. S. 356.
c) Ausnahmen gewisser Zeitpuncte, z. B. bey hochschwangeren Personen rc. abgerechnet.

enthalte. Allein, möchte der Schein einer Härte des Gesetzes gegründet seyn; so wäre er's vielleicht in ganz besondern Fällen; als z. B. bey Militär- und Subordinationsgesetzen: Gesetze gegen überhand-nehmende dem Staate sehr gefährliche Verbrechen: Polizeygesetze, die aber nicht immer, vielleicht nur selten analogisch mit bürgerlichen Gesetzen über das Mein und Dein beurtheilt werden können. Schon aus dem Grunde, weil diese mehr Gewicht für die Sicherheit des Eigenthums jedes Einzelnen, jene aber sowohl auf die Sicherheit als Wohlfahrt des ganzen Staats Rücksicht nehmen. Wovon jedoch an einem bequemeren Orte mehr gesagt werden soll. Solche Gesetze lassen sich in der That aber vernünftig nennen. Sie beruhen auf sichern Gründen: und enthalten wahrlich nichts Absurdes. Was von dem Gesetze zu vermuthen oder vorauszusetzen sey, kümmert den Richter nicht, oder doch nur höchstens in so fern als jene Vermuthungen bis zu einem ziemlich nahen Grade von Gewißheit hinangehen. Es ist daher nicht einzusehen, wie Hartleben zu der Aeußerung kommt, wenn er sagt: daß sonst von dem Gesetzgeber nicht zu vermuthen sey, daß er das Gesetz auch auf den Fall, wo etwas Abgeschmacktes daraus folgen würde, beobachtet wissen wolle. Ist dieses von dem Gesetzgeber aber nicht zu vermuthen, so ist auch jene Regel überflüssig. Oder soll das Gesetz deshalb in dem Falle

nicht angewendet werden, weil aus dessen Anwendung eine offenbare Abgeschmacktheit hervorgehen würde? Dann läßt sich der Sache vielleicht durch Interpretation abhelfen; oder wo es auch damit nicht fort will, so ist ja alsdann mehr gänzliche Unanwendbarkeit vorhanden. So verhält sich's denn auch mit L. 12. C., die doch einen Beweis gegen diesen Satz abgeben soll. Und doch würde Hartleben nicht leugnen können, daß es etwas Abgeschmacktes seyn würde, wenn man dieses Gesetz annoch in Anwendung bringen wollte. Ich gehe indessen zur zweyten Regel.

Wenn es nothwendig ist, heißt es darin, daß etwas geschehen müsse, und der Nothstand nicht erlaube, daß die vom Gesetze vorgeschriebene Form beobachtet werden könne, so trete die Billigkeit in ihre Rechte; so, daß die Handlung alsdann auch ohne die gesetzlich vorgeschriebene Form gelte. Denn die Gesetze könnten und wollten zu Unmöglichkeiten nicht verbindlich machen: und die äußerste Noth habe kein Geboth. Mit dem Zusatz: anders sey es bey Testamenten, welche, wenn es dabey an den Förmlichkeiten fehlte, wenn sie auch platterdings nicht hätten beobachtet werden können, dennoch nicht bestehen könnten, weil keine Nothwendigkeit vorhanden sey, die jemand zu testiren nöthige.

Es ist wahr, jede Form hat etwas Lästiges und veranlaßt bey der strengen Festigkeit, mit welcher die Gesetze gehandhabt werden, eine gewisse unbiegsame oder ungelenkige Strenge, welche dem Wesen der Gerechtigkeit sehr nachtheilig seyn muß. Allein wer wird nicht schon längst zuvor dieses eingesehen, und welcher weise Gesetzgeber sollte dieses nicht schon beherziget haben, so bald er das wahre Wohl des Staats vor Augen hatte. Und daher sind denn auch gewiß alle jener Absicht zuwiderlaufende Formalitäten längst abgeschafft, und nur die höchst nothwendigen beybehalten. Es ist gegründet, daß es außer denen von Hartleben angeführten Beyspielen noch eine Menge gibt. Allein ob sie auch zutreffen, ist eine andere Frage. Er sagt, es gelte die Veräußerung derer Sachen, so der Kirche gehörten, denen Minderjährigen und Pupillen, aus Gründen der Billigkeit, wenn gleich die rechtlich erforderten Solennitäten mangelten, wenn nur die augenblickliche Gefahr des Verzugs die Veräußerung nothwendig mache. — Allein wenn das letztere auch als gegründet angenommen werden kann; so bestimmen doch hier schon andere Gesetze die Fälle einer nothwendigen Veräußerung selbst. Mithin kann hier ja nicht von der Billigkeit, sondern nur davon die Rede seyn, welches von mehreren Gesetzen in dem sich ereignenden Falle vorzugsweise auf die Bedingungen und Causalität, wenn ich so

sagen darf, zur richtigen Anwendung kommen muß. Um dieses nur bey Kirchengütern zu zeigen: so erlauben die Gesetze die Veräußerung solcher Güter, ja selbst solcher Sachen, die als geheiligte Sachen, als welche kein Gegenstand des Handels und Wandels sind, anzusehen und sonst nicht veräußert werden dürfen: als 1) — wenigstens nach Römischem Recht — bey einer allgemeinen Hungersnoth, können res sacrae zur Unterstützung der Armen alienirt werden *a*). 2) Ist ein Gebäude zur geweiheten Sache, res sacra, geworden, und es brennt ab, so bleibt noch immer der Platz res sacra. Allein er kann doch aufhören res sacra zu seyn; z. B. ipso iure, wenn der Ort vom Feinde erobert wurde. Man glaubte, die Götter hätten den Ort verlassen *b*). 3) Wenn der Priester eine res sacra durch eine euocatio sacrorum entweihete *c*). Und dergleichen Fälle gibt es mehr. Könnte man hier die vermeinte Regel, Noth hat kein Geboth, gegen die Gesetze anwenden; so müßte es auch bey Testamenten und andern Geschäften geschehen dürfen. Obiges Beyspiel paßt also hier nicht. Es steht meiner Ueberzeugung nach der Satz nicht umzuwerfen, daß wenn eine Verbindlichkeit an

a) §. 8. I. de rerum diuis. 2. 1. L. 21. C. de S. S. eccles. 1. 2. Nov. 7. c. 8. Nov. 120. c. 10.

b) L. 36. D. de religiosis. 3. 44.

c) L. 9. §. 2. D. de rer. diuis. 1. 8.

sich möglich ist, der Richter dieser gemäß erkennen muß, wenn auch das positive Gesetz einen Grund dazu angenommen hat, welchen er selbst nie für hinlänglich halten würde, eine solche Verbindlichkeit zu begründen. Was indessen offenbare Unmöglichkeiten betrifft, wenn z. B. ein Gesetz eine moralisch oder physisch unmögliche Handlung vorschriebe; dann freylich könnte man dem Hartleben den Beyfall nicht versagen. So wie der Gesetzgeber z. B. sagt, daß eine moralisch unmögliche Willenserklärung für nicht geschrieben zu achten sey; läßt sich sagen, Atqui: was er in Hinsicht der Willenserklärungen seiner Unterthanen verordnet hat, das muß er auch bey den seinigen, zu welchen seine Gesetze und Verordnungen unstreitig mit gehören, gelten lassen; nach dem bekannten Satze: quod quisque iuris in alterum statuerit, vt ipse eodem iure vtatur. Ergo muß es von einem Gesetze, welches gegen die moralische Möglichkeit läuft, im kategorischen Imperative heißen: "pro non scripto habeto!" — Fragmente, Th. 2. c. 16. Fragm. 150. pag. 40. 41. Aber woher nehmen wir solche auffallende Beyspiele, und wie sollten sie doch wohl gedenkbar seyn. Sollten wir nicht eine grobe Injurie begehen, wenn wir dem Landesherrn aufbürden wollten, daß er im Stande seyn könnte, ein Gesetz ergehen zu lassen, vermöge dessen ich gezwungen werden könnte,

den ersten besten guten Menschen, meinen mir entgegenkommenden Freund umzubringen?! Oder sollte der Regent befehlen können, einen Blinden deswegen zu strafen, weil er die Farben nicht unterscheiden, einen Lahmen deswegen zu züchtigen, weil er nicht voltigiren kann?! — Nur derjenige der Unterthanen verdient Vorzüge, der alle Gesetze, als solche, auf das genaueste zu befolgen sucht, und seinem Regenten und Gesetzgeber zutrauet, daß er keine irrationable, vernunftwidrige und ungerechte Gesetze geben könne?! —

Um indessen doch noch andere scheinbare Fälle anzugeben, wohin Hartleben und Leyser mit der gerühmten Nothwendigkeit deuten, wollen wir annehmen: Ein reisender Handwerksbursch wird auf der Wanderschaft krank: er hat Vermögen: es sind zwey Leute zugegen, als er liegen bleibt: in deren Gegenwart erklärt er seinen letzten Willen: diese schreiben es auf und lesen ihm solches vor. Fragt sich? gilt dieß Testament? Nach dem strengen Rechte oder den geschriebenen Gesetzen keines Weges. Nach der Billigkeit aber? oder nach dem Naturrechte? oder nach vermeintlicher Billigkeit des Richters? Leicht läßt sich nach dem bisherigen die gegründet verneinende Antwort finden.

Oder, eine keusche Frau kam nieder, sie sah ein, daß sie sterben würde: sie wollte ein Testa-

ment machen, aber nicht in Gegenwart von sieben Mannspersonen: sie errichtete es also im Beyseyn von sieben Frauenspersonen. Nach den ausdrücklichen Gesetzen gilt das nicht *a*). Allein nach der Billigkeit wäre ein solches Testament nach Leyser's und Hartleben's Meinungen zu erhalten, indem es bey ihr wenigstens moralisch unmöglich zu seyn schien, Mannspersonen zuzulassen. Ihr Wille war ganz gewiß und ungezweifelt *b*).

Es läßt sich ferner sagen, Justinian verlange keine Unmöglichkeiten: das könnte man bey dem testamentum ruri conditum sehen, wo zwey Zeugen hinreichend seyen. Eben so — wenigstens nach der Praxis — beym Testamente was zur Zeit der Pest, Seuche, oder andern ansteckenden Krankheit errichtet worden. Allein diese vermeinte Nothwendigkeit ist in den gegebenen Fällen unerfindlich, selbst nach Hartleben's Meinung: denn sie konnten in gesunden Tagen ihr Testament machen. Ob übrigens ein testamentum ruri conditum in zweyer Zeugen Gegenwart gelte, ist noch nicht ausgemacht. Fünf Zeugen gibt Hr. Hofr. Claproth zu *c*): deren Befreyung nur bloß

a) Notariats-Ordnung von 1512.

b) Brummer Diss. de test. im. parturient.

c) Iurisprudent heuremat. Th. 3. Hptstck. 6. §. 29. p. 223. e. 1782.

darin besteht, daß wenn zu einem schriftlichen Testamente, entweder überall nicht, oder wegen Abwesenheit und Feldarbeit nicht sieben Zeugen, welche schreiben und lesen können, zu haben sind, deren nur fünf zugezogen werden dürfen. Daß auch einer für den andern unterschreiben darf: jedoch daß sie alle den Willen des Erblassers deutlich vernehmen müssen *a*). Bey Testamenten, welche zur Pestzeit oder zur Zeit einer andern ansteckenden gefährlichen Krankheit errichtet werden, soll indessen nach Hrn. Hofr. Claproth und andern, in Gemäßheit vorhandener Gesetze, weiter keine Befreyung Statt finden, als daß die Zeugen nicht auf ein Mahl bey einander seyn, sondern nach und nach einzeln das Testament unterschreiben dürfen *b*).

Auch befreyen die Gesetze bey dem Testamente eines Reisenden, oder einer in der Geburt begriffenen Person von den vorgeschriebenen Solennien eben so wenig, als in noch einigen andern fälschlich angenommenen Fällen der Art *c*). Nicht zu gedenken, daß selbst Hartleben die Meinung des Leyser von der Regel — Noth hat kein

a) L. vlt. C. de testam. 6. 23.

b) Hr. Hofr. Claproth l. c. §. 34. p. 134 und 135. L. 8. C. de testam. 6. 23.

c) Hr. Hofr. Claproth l. c. §. 35. p. 135.

Geboth —, wie oben bemerkt worden, längst gemißbilliget habe. Endlich dürfte man sich auf die Praxis in dieser Materie aus leicht einzusehenden Gründen schwerlich berufen: ohne einmahl ein gewöhnliches Sprichwort in Erwägung zu bringen, daß tausend Jahr Unrecht, nicht einen Augenblick Recht seyn könne.

Aber es ließe sich noch ein auffallenderes Beyspiel denken, das ich hier nicht vorüberlassen mag. Nähmlich: Die meisten Rechtslehrer wollen behaupten, daß bey der Aufnahme eines gerichtlichen Testaments der Gerichtsschreiber oder Actuar zugegen seyn müsse, um es nieder zu schreiben. Auch Leyser sagt, daß der Actuar die vorzüglichste Person im Gerichte — vielleicht wegen der Glaubwürdigkeit der Protocolle und Acten — sey. Hieraus würde nun aber ganz richtig weiter gefolgert werden können, daß auch bey freywilligen Gerichtshandlungen — actus voluntariae iurisdictionis — ein solcher zugezogen werden müsse; also auch bey Testamenten. Es verordnet dieses nicht nur schon ganz im Allgemeinen das Canonische Recht *a*), sondern es schreiben solches auch verschiedene Landes- und Provincialgesetze vor. Ersteres in den Worten: Et canonica et ciuilia iura sequentes districtius inhibemus, ne vnius iudicis, quantae-

a) Cap. 28. X. de testibus.

cunque fuerit autoritatis, verbo credatur in causis, siue super *testamentis*, siue quibuslibet aliis contractibus quaestio agitetur. Nec scriptum eorum, nisi testium adminiculo fulciatur, eam obtineat firmitatem, quin ei possint et debeant duorum vel trium testium bonorum testimonia praeualere. Auch ein anders Gesetz *a*), quonia contra falsam assertionem iniqui iudicis innocens litigator quandoque non potest veram negationem probare: cum negantis factum per rerum naturam nulla sit directa probatio: ne falsitas veritati praeiudicet aut iniquitas praeualeat aequitati: statuimus, vt tam in ordinario iudicio quam extraordinario iudex semper adhibeat aut publicam (si potest habere) personam, aut duos viros idoneos, qui fideliter vniuersa iudicii acta conscribant: videlicet citationes, dilationes, recusationes, exceptiones, petitiones, responsiones, interrogationes, confessiones, testium depositiones, instrumentorum productiones, interlocutiones, appellationes, renunciationes, conclusiones et cetera, quae occurrerint competenti ordine conscribenda, loca designanda, tempora, et personas. Ja es gibt solcher gesetzlichen Vorschriften noch mehrere. Dennoch soll die Praxis hierin ganz anders sprechen. Also gegen

a) Cap. 11. X. de probat.

den Inhalt deutlicher Gesetze *a*). So bezeugt Leyser, daß ob er gleich sonst diesen Gesetzen gemäß gedacht und geschrieben habe, er dennoch jetzt ganz anders davon denke: denn nach dem Gerichtsgebrauche sey es ausgemacht, daß auch in freywilligen Gerichtshandlungen die bloße Registratur des Richters vollen Beweis ausmache, so bald nicht Verdacht vom Gegentheil zugleich concurrire: und will er diese Praxis durch mehrere von ihm a. a. O. erzählte Präjudizfälle erweisen. At praxis, sagt er, me destituit, quae actus ex sola iudicis registratura sustinet. Ipsi ICti Helmstadienses hoc torrente abripiuntur, vt eiusmodi registraturas tanquam validas recipiant. Nec possunt aliter. Initirur enim ista praxis in celeberrimorum ICtorum auctoritate, in testimonio plerorumque, qui de re iudiciaria scripserunt, et in vsu iudiciorum tantum non omnium. Si quis ergo iudex communem hanc opinionem secutus actuarium non adhibuit, partes etiam prudentia iudicis confisae illum non requisiuerunt, actum bona fide gestum nullum declarare, partesque innocentissimas et in errore quodammodo invincibili haerentes sic quasi punire, durissimum foret. Praestat ergo, in pronunciando communem opinionem sequi. Quam tamen tunc saltem sequimur, quum fides registraturae inte-

a) *Leyser*. spec. 71. meditat. V.

gerrima est, neque suspicione vlla laborat. Nam si de integritate registraturae et facti veritate dubium adest, secundum ius pronunciari et registraturam prorsus reiici oportebit *a*). Aber es fragt sich hier, streiten dafür die Billigkeit oder andere Gründe? Es läßt sich allerdings bezweifeln, ob hier von der Billigkeit die Rede seyn könne. Ist denn nicht bekannt genug, daß theils allgemeine, theils besondere Landes- und Provinzialgesetze, theils allgemeine und besondere Gewohnheitsrechte und Observanzen, die dem Gesetzgeber nicht verborgen geblieben sind, theils eigene Verfassung eines Gerichts, eigene Prozeßordnungen, Gültigkeit haben können. Und muß nicht ohnehin auf die besondere Verfassung jedes einzelnen Gerichts Rücksicht genommen werden? Wie würde es sonst mit so manchem, besonders Patrimonialgerichte aussehen, wo nur durch eine Person die Justiz verwaltet wird; wo in einer Person, Secretär, Actuarius und Richter verbunden sind. Aber da ist diese Person zugleich auch auf das Protocoll beeidigt. Ich glaube diese wenige Bemerkungen werden Stoff genug an die Hand geben, alles übrige selbst zu suppliren. Gienge man bey allen Fällen so vorsichtig zu werke, und ließe man sich die Mühe nicht verdrießen, so zu verfahren; so würde es nicht nöthig seyn, zu fingirten Hülfsmitteln ängstlich Zu-

a) L. c. Spec. 71. meditat. VI.

flucht zu nehmen. Leyser selbst ist in jener Stelle ängstlich genug, sonst würde er nicht Furcht vor einer Suspicion gegen den Richter haben. Und wenn nun auch ein auf das Protocoll beeidigter Actuar Argwohn gegen die Integrität seines Protocolls veranlasset: angenommen auch, daß es zweyer Zeugen Glaubwürdigkeit habe: sollte deshalb dennoch nicht ein Fall gedenkbar seyn, in welchem es der Partey erlaubt werden müßte, das Gegentheil desselben zu erweisen? Es ist hin und wieder außerdem schon auf andere Art für die Integrität des Protocolls gesorgt: z. B. durch eigenhändige Unterschrift und Bezeugung der Partey oder dessen Rechtsbeystande, unmittelbar unter das Protocoll. Und warum will man außerdem unbedingt annehmen, daß, weil der Actuar in Betreff der Glaubwürdigkeit der gerichtlichen Handlungen eine Hauptperson im Gerichte sey, auch bey freywilligen Gerichtshandlungen ein solcher zugezogen werden müsse. Als ob die willkürliche Gerichtbarkeit wirklich eine Gerichtbarkeit sey, und nach dieser beurtheilt werden müßte. Nur der Hr. Professor des Rechts, Krüll *a*), konnte neuerdings die Frage aufwerfen, ob die sogenannte willkürliche Gerichtbarkeit wirklich eine Gerichtbarkeit, nach dem richtigen Begriffe des Worts, genannt werden könne: da doch

a) Prüfung einzelner Theile des bürgerlichen Rechts. Landshut 1802.

schon längst bekannt und vom Hrn Prof. **Glück** *a*) deutlich genug gezeigt war, daß sie nicht als solche betrachtet werden dürfe. Ob gleich Hr. Prof. **Brüll** meint, daß die Gelehrten hieran bisher noch nicht gedacht hätten. Ist aber dasjenige, was zur iurisdictio voluntaria gerechnet wird, — mithin auch das vorhin von den Testamenten gesagte — nicht unter einer wahren Gerichtbarkeit, sondern vielmehr unter der Policeygewalt begriffen; so findet auch die Analogie von Zuziehung eines Actuars bey dergleichen Geschäften keine Anwendung.

Etwas Aehnliches läßt sich von der Zuziehung eines Notarius beym Zeugenverhöre, was nur von einem Commissarius und Deputirten vorgenommen wird, sagen. So hält z. B. der Herr von **Pufendorf** *b*) die Adjunction eines Notars ohne alle Einschränkung für zulässig. Vielleicht aus dem Grunde, weil sich nicht behaupten lasse, daß eine von einem einzelnen Mitgliede eines Justizcollegiums vorgenommene gerichtliche Handlung, durchaus eben das große Vertrauen zur Glaubwürdigkeit verdiene, welches einer vom ganzen Collegium vorgenommenen Handlung gebühret. Auch die Braunschw. Hof-

a) Commentar nach **Hellfeld's** Pandecten. Th. III. S. 16. 84. 85.

b) Introduct. in process︎. ciuil. Part. 3. cap. VII. §. 52. und die von ihm daselbst allegirten Stellen.

gerichtsordnung *a*) erlaubt dieses in den Worten: "als auch einer jeglichen Partei frei gelassen ist, einen Adjunctum gestalten Sachen nach dem Examen beizusetzen, jedoch daß der, welcher adjungiret, vorher den gehörigen Eid abstatte, und ohnedas gestalten Sachen nach zur Erkundigung der Wahrheit sonderbarer Personen eidliches Gezeugniß und Bericht zu Zeiten vonnöthen: so ist dienlich erachtet ꝛc." Aehnliche Verordnungen finden sich auch beym Kaiserl. Kammergerichte *b*). Aus den guten Gründen, "weil sonderbarer Personen Zeugniß bisweilen vonnöthen"; weil ferner durch gedoppelte Protocolle Irrthümer, die besonders bey langen Zeugenverhören leicht einschleichen können, sicherer verhüthet werden: weil ferner das Zeugenverhör den wichtigsten Theil des Prozesses ausmacht, indem davon das Erkenntniß abhängt. Dennoch läßt sich sehr zweifeln, ob dieses Recht je wirksam gewesen oder werden dürfte.

Gleiche Bewandniß hat es mit der Zulassung der Parteyen oder deren Advocaten bey dem Zeugenverhör. Weder das Römische noch Canonische Recht verbiethet die Anwesenheit der Parteyen beym

a) Titel 44. §. Als auch einer jeglichen Partey ꝛc.
b) Ruland. de commiss. l. 2. c. 3. n. 9. Donellus in l. 16. C. de testib.

Zeugenverhöre. So sagt Justinian *a*) vt omnino eis (iudicibus) licentia concedatur et alterutra parte cessante — testes accipere et *alterutra parte praesente*, quae eos introducit, testimonia eorum capere. Ferner in einer Novelle *b*) oportet illum — praesentem esse et audire adtestationes: nicht weniger aduersarius moneatur a iudice; et sic *eo praesente* iudex adtestationes recipiat. Quodsi venire noluerit etiam eo absente adtestationes recipiat et perinde valebunt, ac si eo praesente fuissent receptae *c*). Desgleichen vt depositionibus sub vtriusque partis praesentia factis res ad eos (iudices) referatur *d*). Worin also den Partenen erlaubt ist, bey den Zeugenverhören gegenwärtig zu seyn. In England zweifelt man hieran nicht. Und auch in der neuen Proceßordnung in den Königl. Preuß. Staaten ist zugelassen, daß die den Parteyen zugeordnete vom Factum unterrichtete Assistenzräthe bey dem Zeugenverhöre gegenwärtig sind, und ein in ihrer Abwesenheit aufgenommener Zeugen Rotulus nicht einmahl völligen Glauben haben soll. Allein auch hierbey verhält es sich nach dem Gerichtsgebrauch in den meisten Ländern ganz anders, wenn auch

a) L. 19. C. de testib. 4. 20.

b) Nouella 90. cap. 9.

c) Authent. L. 19. C. Sed etsi quis etc.

d) L. 18. C. de fide instrument. 4. 21.

gleich ein anderes Gesetz a) vorhanden ist, welches jenen zu widerstreiten scheint, indem es verordnet, daß diejenigen Zeugen, welche ihre Aussagen den Parteyen verrathen würden, bestraft werden sollten: mithin aus dieser Verordnung eine Entfernung der Parteyen bey der Abhörung der Zeugen nicht undeutlich hervorgehet; und obgleich dieses Gesetz viel älter ist, als jene Römische Verordnungen. Doch steht auch das 4te Capitel der 90sten Novelle jenen Gesetzen entgegen.

Dritte Regel. Wenn die gesetzliche Verordnung ihren Grund in der Voraussetzung einer Thatsache und eines besondern Nebenumstandes hat, dann fordere die Billigkeit, daß, wenn dieser besondere Nebenumstand ermangele, der Richter vom Gesetze abweiche. Er führt dazu das oben bereits bemerkte Beyspiel von dem Ungehorsam einer Partey an. Ganz recht! Aber das ist ja gerade die richtige Beurtheilung des Gesetzes. Hartleben nimmt ja nicht nur selbst gegründete Vermuthungen und Voraussetzungen an: sondern er schließt sogar besondere Nebenumstände nicht aus. Kann man, — um auf jenes Beyspiel zurückzugehen, — nicht sagen: hätte der Ungehorsame nicht einen Anwald bestellen müssen? oder war er etwa abwesend aus einer gerechten Ursache,

a) L. 16. D. de test. 22. 5.

in Angelegenheiten des Staats, in nothwendigen, lobeswerthen Geschäften? Freylich wohl: allein dann traten ja hier schon andere Gesetze ein, die ihm aus einem besondern Grunde oder ex clausula Praetoris generali die Restitution gaben. Jenes Beyspiel paßt hier also nicht. Sollte aber folgender Fall nicht anwendbar seyn? Die Einrede des noch nicht ausgezahlten Geldes dauert zwey Jahr *a*), und gilt nach deren Verlauf nicht mehr, nach Justinians Verordnung *b*). Gesetzt nun, A. hat ein geerbtes Capital, das noch bey jemand steht: weiter hat aber derselbe nichts in Vermögen. B. will das Capital leihen, gibt ihm die Obligation, empfängt aber das Geld nicht: vergißt auch die Zurückforderung der in Hoffnung ausgestellten Obligation. Nach zwey Jahren klagt A. aus derselben. Die Einrede des noch nicht empfangenen Geldes ist verjährt. Hier müßte nach der Billigkeit auch nach zwey Jahren diese Einrede entgegengesetzt werden können. Aber wozu das; steckt denn nicht in dieser Einrede auch die Exception des Betrugs mit? Diese Einrede ist aber immerdauernd, perpetua — und denen, welche vorsätzlich böse und

a) Ausnahmen von der except. non numeratae dotis etc. sind oben pag. 88. 89. erwähnt.

b) L. 3. C. L. 14. §. 3. C. de non numer. pecun. 4. 30.

betriegerisch handeln, kommen die Rechte nicht zu Statten *a*).

Aber die gegebene Regel paßt überhaupt nicht. Denn wenn eine gesetzliche Verordnung aus der Voraussetzung oder Vermuthung eines aus einer Thatsache entspringenden besondern Nebenumstandes entstanden, so fordert es ja nicht die Billigkeit, sondern selbst das strenge Recht, bey Ermangelung dieser gegründeten Vermuthung und dieses vorausgesetzten Nebenumstandes, daß der Richter dieses Gesetz nicht in Anwendung bringe: denn es paßt ja dieses Gesetz nicht auf die gegebenen Bedingungen, auf den gegebenen Fall: gänzliche Unanwendbarkeit ist ja offenbar. Es ist nur von der Billigkeit die Rede, die einem passenden aber harten Gesetze vorzuziehen, behauptet werden will.

Struben *b*) hat endlich noch einen Fall, woraus noch mehrere Bestätigung genommen werden könnte, daß gegen vorhandene Gesetze nach Billigkeit gesprochen worden. Es war nähmlich der Justiz-Canzley in Hannover in einer Concurssache eine sehr beträchtliche Summe Geldes eingeliefert, welche der actuarius causae den Gläubigern auszahlen sollen. Wie solches geschehen, hatte jener in

a) L. 2. §. 1. D. de doli mali et metus except. 44. 4. L. 5. §. vlt. eod.

b) Rechtl. Bedenk. Th. 2. n. 99. pag. 362.

das Depositenbuch eingetragen. Die mehrsten Posten wurden richtig und mit des Güterpflegers Bilanz übereinstimmend befunden. Nur wegen zweyer wurden des verstorbenen Canzley-Secretärs Erben, wegen der fehlenden Quitungen, in Anspruch genommen. Es hatte selbiger diejenigen, welche er über die ausgezahlten Gelder erhalten, fast durchgehends zu den Acten gelegt, und diese waren im Canzleybrande 1741. verloren gegangen. Daher denn die Frage entstanden, ob dessen Erben zum Erfüllungseide zu lassen? Zur Verneinung dieser Frage stehen folgende Gesetze anzuziehen *a*): Rationes defuncti, quae in bonis suis inueniuntur, ad probationem sibi debitae quantitatis solas sufficere non posse, saepe rescriptum est; und *b*) daß manifestis, euidentibus et indubiis probationibus darzuthun seye, daß solche durch einen Unglücksfall abhanden gekommen, und der Inhalt so beschaffen gewesen, wie angegeben worden; mithin nicht durch den bloßen Eid desjenigen, der sich darin gründet, erwiesen werden könnte *c*). So heißt es in L. 1. c. Debitores tuos quibuscunque rationibus debere tibi pecuniam si probaris, ad solutionem compellet aditus praeses

a) L. 6. C. de probat. 4. 19.

b) L. 6. 7. 11. C. de fide instrumentor. 4. 21.

c) Voet. ad Pandect. Tit. de fide instrumentor. §. 21.

prouinciae; nec oberit tibi amiſſio inſtrumentorum, *ſi modo manifeſtis probationibus* eos debitores eſſe apparuerit. Ferner L. 7. c. ſi ſolemnibus ſtipendiis et honeſte ſacramento ſolutus es, licet ſuper huiusmodi re inſtrumenta (vt dicis) facta perdita ſint: tamen ſi aliis *euidentibus probationibus* veritas oſtendi poteſt, veteranorum priuilegia etiam te vſurpare poſſe, dubium non eſt. Desgleichen L. 11. c. Emancipatione facta, et ſi actorum tenor non exiſtat, ſi tamen *aliis indubiis probationibus*, vel ex perſonis, vel ex inſtrumentorum incorrupta fide factam eſſe emancipationem probari poſſit, actorum interitu veritas conuelli non ſolet.

Si amiſſio inſtrumenti, quo actor intentionem, aut reus ſuam exceptionem firmare debet, ab his ipſis allegetur, nihil ipſis prodeſſe poteſt illa allegatio, vtcunque iuramento munita, ſi non aliunde actor intentionem aut reus exceptionem probet, quaſi non ius, ſed probatio deficiat. Es iſt allerdings gegründet, daß die Römiſchen Geſetze ſtets einen vollkommenen Beweis, das heißt, die höchſt mögliche moraliſche Gewißheit, verlangen, und zwiſchen Beweis und Beſcheinigung keinen Unterſchied machen. Allein nichts deſtoweniger iſt dieſem allem zuwider geſprochen, und ſind die Erben zum Erfüllungs-Eide zuge-

lassen worden. Nimmt man den Fall so, wie er hier mit dürren Worten steht; so ließe sich nicht zweifeln, daß aus Gründen der Billigkeit — nach dem gewöhnlichen Begriffe — gegen die Gesetze gesprochen sey, weil z. B. die gute Vermuthung für den Verstorbenen stritt; weil ferner anzunehmen stand, daß wahrscheinlicher Weise auch jene Quitungen bey dem Canzley=Brande verloren gegangen ꝛc. Allein dieses waren die wenigsten Beweggründe zu jenem Erkenntnisse. Struben selbst hat an einer anderen Stelle *a*) erwähnt, daß nach der Hannoverschen Proceßordnung der Erfüllungs=Eid den unvollkommenen Beweis ergänze, wenn z. B. ein Theil nur halb vollständig, mithin nicht völlig erwiesen habe. Daß ferner hierzu Vermuthungen hinreichten *b*), wenn es an andern Beweisthümern, ohne die Schuld der Parteyen fehle, und die Angabe sonst glaublich sey. Da nun im erzählten Fall dem verstorbenen Canzley=Secretär zu statten gekommen, daß er ein ehrlicher und fleißiger Mann gewesen, von dem nicht zu vermuthen gestanden, daß er etwas unwahres aus böser Absicht oder Nachlässigkeit, aus böslichem Betruge oder aus Vernachlässigung, in das Depositen=Buch verzeichnet habe; außerdem aber außer Zweifel gewesen, daß der Canzley=Brand

a) Rechtl. Bed. Th. 1. n. 30. p. 78.

b) Struben a. a. O. p. 93. und p. 315.

auch die Quitungen, die als Belege dem Depositen-Buche beygelegt zu werden pflegen, verzehret habe: alsdann aber wie Böhmer *a)* und Helwig *b)* auch Leyser *c)* beweisen, derjenige, der sich in einem verlorenen Documente gründet, zum Erfüllungs-Eide gelassen wird: besonders wenn Quitungen über berechnete Posten verloren gegangen sind *d)*; so ist daher, wie bemerkt, nicht aus Gründen richterlicher Billigkeit wider ausdrückliche Gesetze, sondern vielmehr wegen Unpaßlichkeit jener Römischen Gesetze, nach andern anwendbaren Gesetzen, erkannt worden. Bey jenen Gesetzen, nach welchen der Erfüllungs-Eid nicht zugelassen werden dürfte, fehlte es deßhalb an der Application derselben, weil es an den zu subsummirenden Bedingungen, an der Causalität im gegebenen Falle, ermangelte.

Leyser sagt in der bezogenen Stelle: daß 1) derjenige, welcher sich in einem zufälliger Weise verlorenen Instrumente gründe, mit einem zu strengen Beweise nicht belastet werden dürfe. 2) Wer sich in einem verloren gegangenen Instrumente fundire, und wahrscheinliche Gründe dazu anführen

a) Tom. II. Resp. 334. n 24. 25. T. III. P. II. Dec. 360. n. 15.

b) De amissione instrum. c. 3. §. 1.

c) Specim. 282. m. 1. 7. 8.

d) *Werner*. p. VI. Obs. 252.

könne, auch in wichtigen Fällen zum Erfüllungs-Eide gelassen werden dürfe. 3) Sey es jedoch nothwendig, daß der Schwörende keinen Mangel an der ihm gebührenden Achtung habe. Daß überhaupt in Hinsicht der Förmlichkeiten des Beweises und in Rücksicht des Beweises selbst dem Richter vom Gesetzgeber manche sehr vernünftige Freyheit gelassen, daß nicht weniger eine gültige und bestätigte Praxis hierin mancherley Maßregeln gebe, werde ich an einer andern Stelle bemerklich machen.

Vierte Regel. Wenn über dasjenige, was Rechtens ist, von beyden Seiten mit gleich wichtigen Gesetzes-Gründen gestritten werde, so sey diejenige Meinung zu befolgen, welche einen überwiegenden Grund der natürlichen Billigkeit auf ihrer Seite habe; denn die Billigkeit werde religio iudicis genannt, und diese sey vorzüglich in iure zu beobachten, und müsse von demjenigen, der die Justiz verwalte, stets vor Augen gehalten werden.

Es ist auffallend, wie Hartleben durch diese Regeln meine Behauptung bestätiget, und in der That sich selbst widerspricht. Wenn diese vier Regeln zusammen genommen werden, so machen sie ohne Zweifel einen vollgültigen Beweis für meine Behauptung aus. Ja, er setzt noch hinzu: Hommel, in der angeführten Dissertation, habe

noch andere Regeln, nach welchen bey der Beurtheilung der Thatsachen, wenn die Sache zweifelhaft sey, milder geurtheilt werden müsse. Desgleichen überwiege auch in Criminalfällen die gemilderte Meinung. Er reprobirt diese übrigen von Hommel angegebenen Regeln nicht; folglich tritt die Vermuthung für deren Approbation nicht undeutlich ein.

Nun ließe sich noch anführen, daß der Satz, daß das mit der Braut erzeugte Kind für legitim zu halten, mehr auf Gründen der Billigkeit als auf Rechtsgründen beruhe. Allein es ist grundfalsch. Mag auch immerhin ein Gesetz, ich meine L. 25. D. de testam. vorhanden seyn, welches sagt: daß dasjenige Wahrheit sey, was rechtskräftig entschieden worden *a*). — Ingenuum accipere debemus etiam eum, de quo sententia lata est, quamuis fuerit libertinus, *quia res iudicata pro veritate* accipitur. Möchte also auch hiernach angenommen werden wollen, daß, wenn der Bräutigam rechtskräftig condemnirt ist, die Ehe zu vollziehen, aber vorher stirbt, nunmehr das von ihm mit seiner Braut erzeugte Kind für legitim zu halten sey. So muß dieses doch nur so lange angenommen werden, als die Gesetze solches wol-

a) *Pufendorf.* Tom. 4. Obs. 245. *Boehmer.* ius eccles. protest. lib. 4. tit. 3. §. 49.

len, und keine Gesetze im Wege stehen, die etwas anderes verordnen. Aber ob auch ohne ein solches Erkenntniß und ohne solche Gesetze, bloß aus Billigkeit des Richters ein von einer Braut erzeugtes Kind für legitim zu halten sey; das ist eine ganz andere Frage.

Man kann hier, um ganz genau zu verfahren, den Unterschied zum Grunde legen: 1) ob die vor der erfolgten Copulation von Bräutigam und Braut erzeugte Kinder, wenn die wirkliche Vollziehung der Ehe durch die priesterliche Einsegnung eines dazwischen gekommenen Todesfalles wegen nicht geschehen, als eheliche Kinder anzusehen: und ob 2) auch die sonstige Wirkungen einer gesetzlich geschlossenen Ehe daraus zu folgern sind. Es ist die Beobachtung dieses Kirchen-Gebrauchs, der priesterlichen Copulation zwar als ein nothwendiges Stück eingeführt; allein daraus folgt noch nicht, daß es ein wesentliches Stück sey. Freylich wird in ganz Deutschland sowohl in der Evangelischen als Catholischen Kirche die Copulation zur Ehe erfordert, wenn solche für gültig gehalten werden soll, und daraus die Rechte der Eheleute herfließen sollen. Allein hieraus folgt die illegitime Geburt der Kinder von Aeltern, die nicht vom Priester copulirt sind, noch nicht. Mevius a) verthei-

a) Decision. P. II. d. 81.

digt die Legitimität eines solchen Kindes. Auch ist in einer Nouella *a*) verordnet, daß diejenigen Kinder, welche von ihrem Vater mit dem Nahmen seiner Kinder, in einer glaubwürdigen Schrift, belegt worden, für ehelich geboren zu halten seyen. Zwar behauptet der Hr. Hofrath Meister *b*) das Gegentheil, und sagt auch, daß die Frage: ob nicht allenfalls die Legitimation, in Gemäßheit der Vorschrift der Nouella 74. c. 2. durch ein landesherrliches Rescript, behuf der zu erlangenden Erbfolge, nachgeholet werden könnte? offenbar zu verneinen sey. Denn es werde zur Ehelichmachung durch die nachfolgende Heirath, nach klarer Vorschrift der L. 10. und 11. C. de natur. lib. der Nov. 74. c. 4. Nov. 117. c. 4. und das cap. 6. X. qui filii sint legitimi, eine gesetzmäßig und förmlich eingegangene Ehe erfordert, und verdiene daher die angezogene Behauptung des Mevius keinen Beyfall. Die Nov. 117. hingegen gebe dahin, daß im zweifelhaften Falle die von dem Vater geschehene Benennung seines Kindes eine Vermuthung für dessen eheliche Geburt an die Hand gebe. Der Prof. Eisenhardt hat einen solchen Fall *c*), den ich wenigstens auszugsweise hier herzusetzen der Mühe werth halte. Eine Frauensperson hatte sich

a) 117. cap. 2.

b) Practische Bemerkungen. Bd. 1. Num. XIV. p. 108.

c) Rechtshändel. Th. 8. Num. XV. pag. 400 ff.

mit Einwilligung ihrer Aeltern mit einem wohlhabenden Einwohner zu N. in ein ordentliches Eheverlöbniß eingelassen. Es wurde in der Ehestiftung festgesetzt, daß der letztlebende Ehegatte den andern völlig beerben solle. Der Tag zur Hochzeit war bereits bestimmt, als der Bräutigam plötzlich starb. Seine Geschwister nahmen Besitz von seinem Nachlasse. Ein gleiches verlangte die Wittwe, die jener Besitz bestritt, und zugleich ihre Schwangerschaft anzeigte: auch daß ihr Bräutigam noch auf dem Todtbette in Gegenwart einiger Personen erklärt habe, wie es auch, wenn er jetzt sterben würde, bey der Ehestiftung verbleiben solle. Die beklagten Geschwister wurden indessen bey dem Besitze geschützt. Klägerinn appellirte davon an die Canzley, und behauptete aus der Schwangerschaft die Rechte einer Ehefrau. Wogegen die Beklagten sagten, daß die Copulation platterdings zum Wesen der Ehe gehöre. Es erfolgte endlich ein Erkenntniß, vermöge dessen das erstere Urtheil wieder aufgehoben, die Klägerinn Namens ihres Kindes in die Güter ihres verstorbenen Bräutigams gesetzt, dasselbe für rechtmäßiger Erbe erklärt, und ihm ein Vormund zugeordnet wurde.

Allein dieses Erkenntniß und alle von Eisenhardt angeführte Gesetze und sonstige Gründe überzeugen mich eben so wenig als die Meinung

des Hrn. Hofr. Meister, für den Vorzug der Billigkeit davon, daß jenes Erkenntniß — das ich zu bestreiten übrigens die Absicht nicht habe — bloß auf Billigkeit beruhe, und gegen vorhandene anders disponirende Gesetze laufe. Ich verweise, um nicht zu weitläuftig zu werden, auf Eisenhardt's Erzählung und Hrn. Meister's Bemerkungen selbst. Es gründete sich vielmehr auf neuere Grundsätze und Gesetze, abweichend von jenen alten und jener alten Verfassung überhaupt. Deßwegen denn auch Eisenhardt selbst gesteht, daß selbst diejenigen Rechtsgelehrten, welche mit gutem Grunde behaupteten, daß selbige die Copulation — in den göttlichen Gesetzen eben nicht gegründet sey, und zum Wesen des Ehestandes nicht gehöre, sondern nur allein des Wohlstandes und der äußerlichen Ehrbarkeit halber eingeführt worden, doch darin mit einander übereinstimmten, daß, da sie durch die Kirchengesetze zu einer Nothwendigkeit gemacht, und von der Obrigkeit, — ich verstehe darunter den Gesetzgeber — nicht wieder aufgehoben worden, ein jeder schuldig sey, sich nach der eingeführten Ordnung zu richten, und daß es niemand frey stehe, eine Ceremonie zu unterlassen, welche die Kirche einmahl angenommen habe: in Bezug auf Böhmer *a)* und Fleischer *b)*.

a) Ius ecclef. protest. lib IV Tit. III. §. 4 ff.

b) Einl. zum Geistl. Rechte. lib. II. Hptst. 8. §. 17 ff.

Hätten daher gleich ein Paar Personen schon einige Jahre ohne Trauung in dem Ehestande gelebt, so könnten sie dennoch zu derselben angehalten werden *a*), wenn sie anders derjenigen Rechte, welche den Eheleuten zukommen, sich theilhaftig machen wollten. Könnte man gleich nicht behaupten, daß die priesterliche Trauung schon bey den ersten Christen als ein nothwendiges Stück zum Ehestande erfordert worden; so sey doch so viel gewiß, daß schon damahls die Verlobten ihre Ehe öffentlich vor der Gemeinde bekannt gemacht hätten, und darauf eine Einsegnung erfolgt sey. Er gesteht selbst, daß, wo einmahl die priesterliche Trauung als das wahre Zeichen der ehelichen Einwilligung eingeführt worden, die Unterthanen solche nothwendig beobachten müßten; woraus aber alsdann weiter folge, daß, wo selbige unterlassen worden, der Beyschlaf zweyer Personen eigentlich nicht anders, als eine in den Reichsgesetzen verbothene leichtfertige Beywohnung anzusehen sey, welche von keiner Obrigkeit in Deutschland geduldet werden solle. Er sagt ferner, daß die Gesetze, welche solches verbiethen, den Obrigkeiten zur Pflicht aufgelegt hätten, daß sie diejenigen Personen, die sich in einem solchen Concubinate befänden, solchen aufzuheben, selbst mit Bestrafung anhalten sollten.

a) Und hiervon haben wir noch neuere Beweise, die selbst von hiesiger Landes-Policey gegeben sind.

Hiernach müßten also auch alle Vortheile, welche nur allein rechtmäßigen Eheleuten nach den Gesetzen gebührten, wegfallen.

Wer kann bey allen diesen Aeußerungen verkennen, daß auch Eisenhardt der Meinung sey, daß einmahl vorhandene Gesetze, sobald sie auf den concreten Fall passen, ohne Rücksicht einer vermeintlichen Billigkeit des Richters, angewendet werden müßten. Fleischer meint zwar a. a. O. daß obige Gründe für die priesterliche Copulation zum Theil abgeschmackt wären. Allein in der Hauptsache sagt er doch, daß solche befolgt werden müßten. Dieser bemerkt übrigens sehr richtig, bey der Frage, über die Successions- und andere Rechte unehelich, oder von Bräutigam und Braut erzeugter Kinder, daß sich solche nicht so schlechterdings beantworten lasse: man müsse unter andern auch auf die Statuten Rücksicht nehmen. Rücksichten auf gesetzlich gegründete Ausnahmen sind aber nicht die Anwendung einer Billigkeit des Richters gegen vorhandene deutliche aber harte Gesetze, nach den gewöhnlichen Begriffen, die man sich von der Billigkeit macht. Daß die Begünstigung der Kinder, welche von Bräutigam und Braut erzeugt worden, sich nicht auch auf die Vorzüge der Rechte einer wirklichen Ehefrau ausdehnen, erhellet noch mehr unter andern daraus, daß z. B. die Gesetze

der unrechtmäßigen oder vermeintlichen Ehefrau wegen des Eingebrachten, oder der Braut wegen des vorausbezahlten Heirathsgutes nicht dasjenige Vorzugsrecht im Concurse gestatten, was der wahren Ehefrau zukommt *a*), sondern ihnen nur ein einfaches Privilegium geben *b*). Herr Hofr. **Meister** unterstützt mich hierin außerordentlich, wenn er sagt *c*): so wie in der Bestrafung der Unzuchtsverbrechen überhaupt die Grundsätze und der Gebrauch der neueren Zeiten von der ehemahligen Härte weit abweichen, so ist es insbesondere beym Ehebruch der Fall, und kaum mag man noch erwähnen, daß nach der Strenge der Halsgerichts-Ordnung und verschiedener Landesgesetze auf den Ehebruch in manchen Fällen die Lebensstrafe folgen sollte, da doch die tägliche Erfahrung ausweiset, daß dieses Verbrechen nur mit willkürlicher und mehrentheils geringer Strafe an Geld, oder mit Gefängniß, und höchstens öffentlicher Arbeit auf kurze Zeit geahndet wird, überhaupt aber selten, und an manchen Orten nicht anders, als wenn der beleidigte Theil sich beschwert, in Untersuchung ge-

a) **Schweder** D. de iuribus mulierum in conc. cred. ratione allodii et feudi Sect. I. §. 10.

b) L. 22. §. vlt. D. solut. matrim. L. 17. §. 1. L. 18. P. de reb. aut. iud. poss. L. 74. D. de iur. dot.

c) Practische Bemerk. Bd. I. Num. XXVII. p. 236.

zogen wird *a*). Die Ursachen hiervon liegen theils in der allgemeinen Berichtigung der Grundsätze über Verbrechen und Strafen, theils beziehen sie sich auf die besondern falschen Gesichtspuncte, woraus man den Ehebruch vordem betrachtet hat. — Und an einer andern Stelle *b*) sagt derselbe: Aus dieser kurzen Uebersicht der Geschichte der Strafgesetze vom Ehebruch, welche auf Deutschland Beziehung und Einfluß gehabt haben, verbunden mit der voraus-geschickten Betrachtung des Ehebruchs nach allgemeinen Grundsätzen, lassen sich die Ursachen der heut zu Tage so sehr gemilderten Bestrafung dieses Verbrechens leicht entdecken. Diese Veränderung ist nähmlich eine Folge der berichtigten und aufgeklärten Denkungsart neuerer Zeiten: da man theils über Verbrechen und Strafen und deren Verhältnisse überhaupt richtiger zu urtheilen, und insonderheit den unterschiedenen Gesichtspunct einer Handlung, als Sünde und als bürgerliches Verbrechen betrachtet, mehr von einander abzusondern angefangen, theils aber, in Ansehung des Ehebruchs insbesondere, die irrige Vorstellung von der zu weit getriebenen Heiligkeit der Ehe und dem darin liegenden Sacramente, wie auch die falsche Meinung von der heutigen Verbindlichkeit des Mosaischen

a) Dieses Inhalts ist z. B. eine hiesige Landesverordnung.

b) l. c. S. 242.

Strafgesetzes, welches offenbar bloß ein dem jüdischen Staate eigenthümliches und auf ganz besondern Gründen beruhendes Recht war, abgelegt hat. — Ueberhaupt aber enthält die Geschichte der Strafe des Ehebruchs in Deutschland ein lehrreiches Beyspiel, wie sehr die Aufnahme fremder Strafgesetze, zumahl aus einem entfernten Zeitalter, bedenklich ist, und daß die übermäßige Härte der Strafen, weil sie am Ende in Straflosigkeit ausartet, die Verhinderung der Verbrechen, als den Endzweck der Strafe, sicher verfehlt.

Sollte ich wohl fürchten dürfen, daß mir der Einwurf gemacht werden könnte, daß diese so richtige Stelle des Hrn. Hofr. Meister mehr gegen als für meine Behauptung streite? indem solche ebenfalls auf Billigkeit, angemessenere Denk- und Beurtheilungsart hinzielten, und solche sehr empföhlen, ja selbst fremder recipirter Gesetze Anwendung streitig machten? rc So ist doch leicht einzusehen, daß es mit diesem Einwurfe nicht viel zu bedeuten habe, indem in jenen Stellen nichts weiter gesagt ist, als daß heut zu Tage, und zwar insbesondere bey Verbrechen und Strafen, anders geurtheilt werde, weil jetzt andere Grundsätze und also auch andere Gesichtspuncte eintreten. Ich bin aber sehr überzeugt, daß Hr. Hofr. Meister damit keines Weges habe sagen oder verstanden wissen wollen,

daß der Richter, — auch nicht der Criminal-Richter — die Befugniß habe, nach seinen einseitigen Grundsätzen von der Billigkeit in Collisionsfällen bey der Anwendung sanctionirter Gesetze, solche Gesetze ohne Concurrenz des Gesetzgebers, so bald sie nur zu den Bedingungen, zu der Causalität des concreten Falls passen, solche Gesetze, sage ich, seiner vermeintlichen richterlichen Billigkeit nachzusetzen. Jene vom Hrn. Hofr. Meister bemerkte Veränderungen der Denk- und Beurtheilungsart sind auch längst schon thätig hervorgegangen, indem aus ihnen neue für die jetzigen Zeiten angemessenere Verordnungen und Gesetze sich entwickelt haben, und zwar so wie im Ganzen so im Einzelnen. Wie sehr Grundsätze sich ändern, sieht man noch bey dem Morde: Anfangs sah man — wie ich irgendwo gelesen habe — zuerst bloß eine Handlung, wodurch der Staat einen Menschen verlor, und zugleich die öffentliche Sicherheit desselben litt. Der Mörder wurde als solcher bestraft, wenn ihm das Verbrechen auch nicht moralisch zuzurechnen stand. Man hatte es mit der Handlung, und nicht mit der Zurechnung derselben zu thun. In der Folge sah man neben der Handlung des Mordes auch noch auf den moralischen Zustand des Verbrechers vor und bey der That. Der Mörder wurde als solcher nicht bestraft, wenn es an der moralischen Zurechnung fehlte. Man hatte es mehr mit

der Zurechnung, als mit dem Factum zu thun. Zuletzt sah man neben der Handlung des Mordes nicht bloß auf den moralischen Zustand des Verbrechers vor und bey der That, sondern auch nach derselben. Der Mörder, welcher dieses nicht weniger der Absicht, als der Handlung nach war, wurde als solcher nicht bestraft, wenn er hinterher eine besondere Reue und Bußfertigkeit zeigte. Man hatte es mehr mit der Buße, als mit dem Vorsatze, und mit dem Vorsatze mehr, als mit dem Factum zu thun. Ich darf kaum in Erwägung bringen, daß z. B. in Betreff des ersteren die Reichsgesetze vorhanden: in Hinsicht des letzteren, die Landes- und Provinzialgesetze, einzelner Reiche, Länder und Provinzen, worunter sich besonders das Preußische Landrecht auszeichnet. Ich darf daher nicht fürchten, daß der Einwurf mit Grund gemacht werden könnte, als ob aus den Bemerkungen des Hrn. Hofr. Meister von selbst folge, daß der Richter für sich, mit Hintansetzung vorhandener Gesetze ein Erkenntniß in Straf- und andern Fällen nach vermeintlicher Billigkeit geben könne. Sind z. B. in der peinlichen Hals-Gerichtsordnung Kaisers Carls des 5ten Todesstrafen auf diesen oder jenen Fall geordnet, solche aber von dem Richter in den jetzigen Zeiten nicht erkannt und vollzogen: so ist das nicht von dem arbitrium von der aequitas des Richters, vorzugsweise vor

jenen Gesetzen herzuleiten, sondern insbesondere daraus abzunehmen, daß der Landesherr und Gesetzgeber durch specielle Bestätigung des für die heutige Verfassung passenderen Erkenntnisses des Richters, und dessen Anwendung in ähnlichen in der Folge vorkommenden Fällen, jene alten unanwendbaren Gesetze reprobirte. Wenn selbst aus jenen Bemerkungen auch resultirt, daß die Strafe sehr oft dem Ermessen des Richters überlassen seyn möchte; so ist dieses doch nur in ausgedrückten Fällen anzunehmen. Wenn auch mit Grund behauptet werden könnte, daß selbst da, wo ausdrückliche Gesetze die Strafen bestimmen, solche aber entweder überhaupt den heutigen Sitten zuwider seyen, dieses richterliche Ermessen eintreten dürfte. Ja, wenn selbst sogar behauptet werden dürfte, daß fast in jedem einzelnen Falle Milderungs- und Schärfungsgründe in wirklichen Criminalfällen eintreten; so läßt sich dessen ungeachtet doch nicht als allgemeine Regel zugeben, daß deshalb die meisten Strafen von der Willkür oder von der Billigkeit des Richters abhingen, und mithin arbiträr wären. Man denke sich, wie hierbey die Freyheit des Einzelnen so sehr gefährdet seyn dürfte: welche auf keine Weise, auch durch die fast ungedenkbare Ausschließung aller eigenen Einsicht des Criminal-Richters, nicht gesichert werden würde. — Was die Milderungs- oder Schärfungs-

gründe betrifft, so ist davon bereits an einer andern Stelle gehandelt worden. Es können freylich Fälle eintreten, wo eine außerordentliche Strafe eintritt, oder mit andern Worten, es kann mit Hintansetzung der gesetzmäßigen Strafe eine andere Strafe geordnet werden, wenn — nach der gewöhnlichen Theorie über die so genannten außerordentlichen Strafen — keine Gründe vorhanden sind, weßhalb die im Gesetz bestimmte Strafe gemildert werden müßte, aber doch noch etwas an dem vollkommenen Beweise des Verbrechens fehlt. Allein das findet besonders nur in Absicht der sonst zu erkennenden Tortur Statt, und beruhet auf ganz andern Gründen, als auf vermeintlicher Billigkeit des Richters. Es kommt vielmehr mit der Regel überein, daß das Gesetz, weil es an den Bedingungen, an der Causalität fehlt, nicht in Anwendung kommen kann. Der Verbrecher wird auch nicht ganz frey gesprochen; sondern gewisser Maßen nur — wie es in der juristischen Sprache heißt — ab instantia absolvirt; und dagegen der Verbrecher in genaue Beobachtung genommen. Hr. Hofrath **Kleinschrodt** *a)* wirft die Frage auf, in wie fern sich eine außerordentliche Strafe, welche nicht bloß als Sicherheitsmittel, sondern als eigentliche Strafe erkannt werde, rechtferti=

a) Archiv des Criminalrechts. Bd. 1. St. 2. Nro. 15. S. 256.

gen lasse? Und wenn dieses nicht möglich sey, welches Mittel an deren Stelle gesetzt werden könne, um auf der einen Seite das Publicum gegen listige oder hartnäckige Verbrecher, und auf der andern Seite, die ohne ihre Schuld Verdächtigen, gegen den Eigendünkel und die Willkür des Richters, zu schützen? Auf die unendlichen Schwierigkeiten bey richtiger Beantwortung dieser Fragen hat der Hr. O. T. R. Klein a) aufmerksam gemacht, und er behauptet ebenfalls, daß es das größte Unrecht sey, eine gelindere Strafe da zu erkennen, wo dieselbe im Gesetz schon bestimmt war. Der Verbrecher würde sich zwar darüber nicht beklagen, daß er zu gelinde bestraft worden sey, wohl aber darüber, daß er überhaupt bestraft worden. In beyden Fällen stimme aber das Verfahren mit den Gesetzen nicht überein. Denn indem die Gesetze die Beweiskraft überhaupt bestimmten, nähmen sie an, daß das Verbrechen nicht erwiesen sey, wo die gesetzlichen Beweismittel fehlten, und es würde also denjenigen keine Strafe treffen können, welcher der That nicht gesetzmäßig überführt sey. Alle übrigen Bemerkungen passen nur zu sehr zu der oben bemerkten Behauptung, daß ein Grundsatz über Milderung und Schärfung der Strafe nicht gedenkbar sey. Hr. Klein be-

a) Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preußischen Staaten. Bd. 21. pag 291 ff.

merkt endlich noch, daß, möchte auch die Gewohnheit, wegen Mangel eines vollständigen Beweises, auf eine außerordentliche Strafe zu erkennen, entstanden seyn wie sie wolle, so bleibe es doch immer eine schwierige Aufgabe für den Gesetzgeber, was er für Fälle dieser Art bestimmen solle. Der natürlichste Ausweg scheine der zu seyn, daß man die Sorge für die öffentliche Sicherheit der Policey überlasse, und es scheine sogar, als ob dieses geschehen müsse, um die Eingriffe der einen Staatsgewalt in die andere zu verhüthen. Auch Hr. Hofr. **Meister** *a)* ist für eine arbiträre oder außerordentliche Strafe anstatt der Tortur gestimmt. Allein, doch nicht bloß aus dem Grunde einer vermeintlichen Billigkeit des Richters gegen anders disponirende Gesetze; sondern nur in Fällen, wo einer außerordentlichen Strafe statt der Tortur gesetzliche Verordnungen nicht im Wege ständen. Hr. H. M. setzt auch voraus, daß bey der Anwendung dieser Lehre eines Theils die Wirklichkeit des Verbrechens in hinreichender Gewißheit beruhen; andern Theils die vorhandenen, gehörig bewiesenen, Anzeigen, torturmäßig, und, besonders in ihrem Zusammenhange und ihrer Uebereinstimmung betrachtet, von der Beschaffenheit seyn müßten, daß daraus ein hoher Grad von moralischer Gewißheit oder Beweis in der Maße entstehe, daß er zur

a) Pract. Bemerk. Bd. 1. N. 1. p. 1 ff.

nothdürftigen Ueberführung des Verbrechers zum Behuf der zu erkennenden außerordentlichen Strafe vernünftiger Weise genügen könne. Hr. H. M. führt zugleich mehrere Gegengründe an, die er aber durch Gründe der Billigkeit und neuere Erkenntnisse zu widerlegen sucht. Indessen scheint mir doch in der That manches Bedenkliche dabey einzutreten, wenn gleich der Grund aus dem Civilrechte, nach welchen keiner ohne hinlänglichen Beweis verurtheilt werden kann, hier nicht als Vergleich angesehen werden könnte: obgleich von der andern Seite wohl keinem Zweifel unterworfen seyn möchte, daß doch im Criminalrechte ein weit besserer oder zuverlässigerer Beweis, oder ein weit höherer Grad von moralischer Gewißheit, von Ueberzeugung, erfordert wird.

So viel bleibt indessen doch immer gewiß, daß da, wo z. B. von dem Römischen Rechte, welches in seinem Umfange in Deutschland aufgenommen worden, und von der Unanwendbarkeit oder Aufhebung einzelner Gesetze deßselben die Rede ist, die äußerste Behuthsamkeit erforderlich und der Beweis davon von demjenigen, der dieß behauptet, zu führen seyn dürfte. So streitet man z. B. über die Anwendbarkeit der L. 1. C. vbi pupilli educari debeant. 5. 49 und 50. wo es heißt: Educatio pupillorum tuorum nulli magis, quam matri

eorum, *si non vitricum iis induxerit*, committenda est. Quando autem inter eam et cognatos et tutores super hoc acta fuerit dubitatio, praeses prouinciae, *inspecta personarum qualitate et coniunctione*, perpendet, vbi puer educari debeat. Und über die Nouella 22. cap. 38. Quoniam omnium mater fide dignior in educatione videbatur, dat ei etiam haec lex *nisi ad secundas accesserit* nuptias. Nun behaupten verschiedene Rechtslehrer *a*), daß diese Verordnungen nicht mehr in Gebrauch seyen, weil die tägliche Erfahrung zeige, daß die Vorschriften derselben, nach welcher der Mutter, welche sich anderweit verheirathet, die Erziehung der unmündigen Kinder erster Ehe genommen werden solle, nicht mehr beobachtet würden.

Wenn dieß nun gleich nicht so geradezu behauptet werden mag, wie auch andere dafür mit mehrerem Grunde halten, daß obiger Schluß unrichtig sey, weil zwischen der minder häufigen und mit Rücksicht der Umstände zu treffenden Anwendung und dem gänzlichen Nichtgebrauch, ein wesentlicher Unterschied sey, so ist doch so viel gewiß, daß, — wie auch die mehrsten Rechtsgelehrten

a) J. B. Hellfeld iurispr. forens. lib. 27. tit. 2. §. 1359. p. 510. Post. Diss. sistens vindicias doctrinae de cauta applicatione L. 1. C. vbi pupilli educ. deb. et Nov. 22. cap. 38. Duisburg. 1761.

einräumen, — wenn Gründe vorhanden sind, auch hier von dem Gesetze abgewichen werden könne. — Allein diese Gründe beruhen wohl nicht auf der Billigkeit des Richters: sondern vielmehr auf der Anwendung der Römischen, Canonischen, der vorhandenen Landes- und besonderen Provinzialgesetze. Sobald diese nicht eintreten, muß es freylich bey der Anwendung jener Gesetze verbleiben. Es ist und bleibt allemahl eine sehr wichtige Frage, in wie weit jene Rechte in Deutschland anwendbar sind; und ob man gleich sagt, daß das erstere, das Römische gelte, wenn vom Privatrechte die Rede sey: oder in Ermangelung einheimischer Entscheidungsquellen, und nur in Geschäften, welche den Römern bekannt gewesen; so ist doch solches in einzelnen Fällen immer noch streitig. Man sagt z. B. das Corpus iuris sey nur in so weit Gesetz, als es mit dem Inhalte der Glossen übereinstimme: aber auch in so weit, als die Glossatoren auf dessen Grund weiter fortgebauet, und selbige die für die Italienische Rechtspflege erforderlichen Rechtstheorien auf dessen Basis aufgeführet hätten. Oder kürzer; das corpus iuris gelte nicht schlechtweg, sondern mit den Einschränkungen und Ausdehnungen der Glossen. Nach der gewöhnlichen Vorstellungsart von einem corpus iuris glossatum habe es mit den Glossen eine ganz andere Bewandniß. Sie sollten das Vehikel gewesen

seyn, das corpus iuris in Umlauf zu bringen, und es in die Gerichte einzuführen. Alles Unglossirte sey daher auch unrecipirt geblieben. Allerdings muß man indessen hier den Begriff eines Glossatores erweitern: und darunter nicht bloß diejenigen Rechtsgelehrten, welche den Text des corpus iuris commentirt haben, und die allerersten Glossatoren waren verstehen; sondern auch auf die darauf folgenden Bearbeiter dieser oder jener Lehre des corpus iuris, ausdehnen. Eben so ist es bey der zweyten Quelle des Privatrechts, ich meine das Corpus iuris canon., über dessen Anwendbarkeit insbesondere im Verhältnisse zum Römischen Rechte so mancherley Regeln aufgestellt zu werden pflegen. So daß unter andern der Hr. H. Hugo a) den Rath ertheilt, daß man am besten thue, nur bey einzelnen Sätzen auf den Gerichtsgebrauch zu sehen, der freylich oft dem Canonischen Rechte deswegen gemäß sey, weil dieses sich nach ihm richte. Wie wenig das C. I. C. für unser Kirchenrecht — ius publicum ecclesiasticum — anwendbar sey, erhellet schon aus der gewöhnlichen Antwort auf diese Frage, da man zu sagen pflegt, es gelte hier in so weit, als es der Bibel und den symbolischen Büchern der protestantischen Kirche nicht widerspreche. Als ob denn schon ganz entschieden sey,

a) Lehrbuch eines Civil. Curs. Bd. I. Berlin 1792. Th. II. §. 225. S. 109.

welches symbolische Bücher sind? Um nur sofort ein Beyspiel von dieser unbestimmten Antwort und von der Unbestimmtheit in Anwendung des Römischen und des Canonischen Rechts zu geben, kann folgendes dienen. Das Verhältniß aus der Taufe als Hinderniß einer Ehe, hindert bey Protestanten nicht, obgleich sogar das Römische Recht mit dem Canonischen hierin zum Theil übereinkommt. Die Infamie ist nach der Römischen Lehre ganz anders, als bey uns. So ist z. B. der Vater eines unehelichen Kindes bey uns gewiß nicht infam. — Ueber den Unterschied zwischen Deutscher Ehrlosigkeit und Römischer Infamie kann man einen Aufsatz des Hrn. Prof. Hagemeister, in Hrn. H. Hugo Civil. Magazin, finden. Ich werde dieser Verschiedenheiten in der Folge noch mehr bemerken. Diesen Grundsätzen gemäß, und weil keine besondere neuere Gesetze im Wege standen, wurde denn auch in einem von Hrn. H. Meister *a)* angeführten, von der Göttingenschen Juristen-Facultät im April 1793. entschiedenen Falle, der Mutter, als sie zur zweyten Ehe geschritten, die Vormundschaft über ihr Kind erster Ehe genommen; gegen die so lebhaft vertheidigte Meinung, daß jene Gesetze, L. 1. C. und Nov. 22. cc. heut zu Tage nicht mehr angewendet werden dürften. Es war kürzlich dieser Fall. Der Kaufmann P. in der Stadt Oldenburg,

a) Pract. Bemerk. Bd. 2. Num. VIII. p. 81 ff.

dessen Vermögen in 12 bis 15000 Rthlr. bestand, hatte während seinen Lehrjahren die siebenzehnjährige Tochter seines Lehrherren geschwängert, und selbige darauf geheirathet. Die Ehe fiel unglücklich aus; der Mann führte eine unordentliche Lebensart, verließ zuletzt seine Frau, und begab sich nach Holland, und von dort aus nach dem Cap. Doch fand sich bey seiner Entfernung, daß noch 4000 Rthlr. von seinem Vermögen übrig waren. Nach drey oder vier Jahren wirkte die Frau Edictal-Ladung aus, und wurde wegen böslicher Verlassung von ihrem Manne geschieden. Nachmahls heirathete sie den Hautboisten F., und ihre Niederkunft erfolgte abermahls zu früh. Ueber die einzige Tochter, welche nunmehr zwölf Jahr alt war, wurde des Vaters Halbbruder, der Kaufmann H. zum Vormunde bestellt. Dieser gerieth mit der Mutter in Proceß wegen Absonderung der Güter. Auch stellte er der Obrigkeit vor, daß er die Erziehung seiner Pupillinn bey ihrer Mutter vorerst nicht rathsam halte, weil theils aus der zweyten Ehe und dem entstandenen Processe eine Abnahme der mütterlichen Zuneigung besorglich werde, theils von der Mutter, die sehr jung verheirathet worden, in einer uneinigen Ehe gelebt, und sich eines zweymahligen Fehltritts schuldig gemacht habe, die gehörige Erziehung nicht zu erwarten stehe, auch in dem Hause noch zwey ledige

Hautboisten wohnten, welches für das junge Mädchen in Zukunft gefährlich werden könne. Er schlage daher vor, sie bey einem Prediger auf dem Lande auf einige Jahre in Kost und Unterricht zu geben, weshalb er auch schon vorläufig eine Gelegenheit unter billigen Bedingungen ausersehen habe, und er zweifle an der obrigkeitlichen Genehmigung um so weniger, da seine Pflegbefohlne gerade in dem für die Richtung ihres Lebens allerwichtigsten Zeitpunkte sich befinde. Der Magistrat ertheilte hierauf eine dem Antrage gemäße Resolution. Die Mutter kam hingegen mit einer Gegenvorstellung ein, worin sie theils auf den heutigen Nichtgebrauch der Römischen Vorschrift, als einer Folge eines zu weit getriebenen Argwohns sich bezog, theils die gegentheils angeführten Besorgnisse zu heben suchte, theils den Vorschlag einer Erziehung auf dem Lande für unzweckmäßig ausgab; mithin den Antrag überhaupt für einen Ausbruch der abgeneigten Gesinnung des Halbbruders ihres ersten Mannes gegen sie erklärte. Nichts desto weniger erfolgte die Bestätigung der vorigen Verfügung, welche jedoch vorerst auf ein Jahr eingeschränkt wurde. Als hierwider die Mutter die Appellation, und nachdem diese verworfen worden, die Revision ergriff, kamen die Acten an das Göttingensche Spruchcollegium, welches im April 1793. folgender Maßen erkannte, daß es der eingewand-

ten Revision ungeachtet bey dem (2) actor. befindlichen Abschlags-Bescheide vom 10. November 1791. billig verbleibe. Die Entscheidungsgründe waren folgende:

1) Es seye an der heutigen Anwendbarkeit der angezogenen Verordnungen des Römischen Rechts in Ansehung der Mutter nicht zu zweifeln, da das Römische Recht in Deutschland in seinem Umfange aufgenommen worden, und daher jedes Gesetz desselben die Vermuthung des Gebrauchs, so lange bis das Gegentheil erwiesen werde, für sich habe, hergegen daraus, daß heut zu Tage öfters der Mutter, auch wenn sie sich wieder verheirathe, dafern keine besondere Bedenken eintreten, die Erziehung der Kinder durch stillschweigende Bewilligung des Vormundes und der Obrigkeit gelassen zu werden pflege, ein Nichtgebrauch des Römischen Rechts keines Weges folge, sowohl auch der wahre Grund der Verordnung, welcher darin bestehe, daß durch Eintretung eines Stiefvaters die Gesinnungen und die Behandlungsart gegen die Kinder erster Ehe leichtlich eine Veränderung litten, noch heut zu Tage gleichfalls Statt finde; anbey die Deutsche Absonderung der Güter, welche auch die Bestellung eigener Vormünder mit sich bringe, dem Gebrauche des Römischen Rechts nicht entgegen sey, vielmehr selbigem mit zu Hülfe komme.

2) Der Impetrantinn, gegen die vom Impetraten, als bestelltem Vormunde, welchem die Sorge für die Erziehung des Pflegbefohlenen obliege, mit hinzugekommener obrigkeitlichen Genehmhaltung für gut befundene Veranstaltung, ein Recht des Widerspruchs um so vielweniger zustehe, als aus dem (2) actor. befindlichen Bericht des Magistrats, welchem als der Orts-Obrigkeit die Umstände der Sache am besten bekannt seyn müßten, so viel abzunehmen, daß bey der mütterlichen Erziehung im gegenwärtigen Fall, wegen der Impetrantinn Unerfahrenheit und in Hinsicht der bey ihr dermahlen eintretenden häuslichen Verhältnisse, allerdings gegründete Bedenken einträten, und daher die auf einige Zeit verfügte Entfernung der Pupillinn aus dem väterlichen Hause aufs Land zu einem Prediger für desto gerathener zu halten, da die Pupillinn gerade am Eintritte in ihr jugendliches Alter sich befinde, mithin die allda zu erlangende sittliche Unterweisung und Bildung nebst der Anleitung zum Haushalt besonders zweckmäßig sey.

3) Die Revisions-Beschwerden solchem zufolge für ungegründet zu achten; jedoch in Rücksicht des dazu gehabten Anscheins, die durch den Gebrauch der Revision veranlaßte Kosten billig mit Stillschweigen zu übergehen und solchergestalt zu vergleichen gewesen.

Wenn nun gleich in diesem Fall die von andern bezweifelte Anwendbarkeit jener Römischen Verordnungen als gewiß anwendbar angesehen wird; so erhellet doch auch ferner daraus, daß Umstände eintreten können, die die Unanwendbarkeit einräumen, und das Gesetz selbst unanwendbar machen. Wenn nähmlich keine gegründete Bedenken eintreten, der Mutter die Erziehung des Kindes zu lassen. Zwar scheint hierin ein Beweis für die Anwendbarkeit richterlicher Willkür — als Billigkeit genommen — zu liegen, indem die Nov. 22. nur die Ausnahme macht, in welcher der Mutter die Erziehung des Kindes genommen werden soll, wenn sie zur anderweiten Verheirathung schreitet; Quoniam omnium mater fide dignior in educatione videbatur, dat ei etiam hoc haec lex, *nisi ad secundas accesserit nuptias.* Auch daß die Verordnung der L. 1. C. cit. als ältere, jener der Nov. 22. als neuerer, nachgesetzt werden müßte. Allein da beyde Gesetze einander nicht widersprechen, mithin eine stillschweigende Aufhebung der Verordnung des Codex nicht wohl zu vermuthen steht, es aber an einer ausdrücklichen ermangelt, so dürfte beyder Verordnungen Anwendbarkeit aus diesem Grunde wohl nicht bezweifelt werden. Und da es nun in der L. 1. C. c. ausdrücklich heißt: quando autem inter eam et cognatos et tutores super hoc orta fuerit dubitatio, praeses

prouinciae, *inspecta personarum qualitate* et *coniunctione, perpendet*, vbi puer educari debeat: mithin dem Richter ganz ausdrücklich vorgeschrieben worden, auf die Qualität der Personen und deren sonstige Verhältnisse Rücksicht zu nehmen; so hängt die Beurtheilung über die Anwendung jener Gesetze ja nicht von selbstgefälliger, sondern von der vom Gesetzgeber dem Richter in diesem Fall vorgeschriebenen Billigkeit oder inspectio personarum qualitate et coniunctione, ab. Es extendirt sich dieses aber keines Weges auf andere unbestimmte Fälle. Wirft man nur einen Blick auf die bey uns mehr policeymäßige Art bey Vormundschafts-Bestellungen; so dürfte auch bald zugegeben werden, daß die Lehre von der väterlichen Gewalt und von der Vormundschaft bey uns — wenigstens nicht quoad vinculum — nach dem Römischen Rechte gehen, oder wie Hr. Hofr. Hugo sagt, daß gerade das reine Personenrecht bey uns nicht angewendet werde. Manche ganze Regeln des Römischen Rechts sind aber auch selbst noch sehr streitig, und dadurch in der Anwendung zweifelhaft, z. B. die Regeln von der adiunctio, specificatio, commixtio und confusio. Ferner in Betreff der repetitio dotis. Nach Dig. l. 24. 3. soluto matrimonio dos quemadmodum petatur, soll, wenn die Ehe durch den Tod der Ehefrau getrennt wird, der Vater oder väterliche Großvater

die dos zurückhaben, welche er gegeben hat. Wovon jedoch andere das Gegentheil behaupten wollen, unter den Gründen der väterlichen Gewalt, des Daseyns von Kindern und der Billigkeit.

Wie zweifelhaft ist nicht ebenmäßig der heutige Gebrauch des Römischen Rechts in Absicht der Verordnung desselben *a*), welche den aus dem Concubinat erzeugten Kindern das Erbfolgerecht auf den sechsten Theil des väterlichen Nachlasses in gewissem Falle ertheilt. Si quis autem, heißt es darin, defunctus fuerit, legitima ei omnino sobole non extante, neque legitima coniuge, deinde moriatur non disponens de substantia sua — sit autem ei, donec vixerit, libera mulier in schemate concubinae sociata et filii ex ea: (casibus enim solummodo hoc sancimus, vbi omnino indubitatus est et concubinae in domo affectus, et filiorum ibidem proles) et alimentum iis damus, et intestatis parentibus defunctis duas paternae substantiae vncias habere cum matre partiendas, quanticunque fuerint filii: vt vnius filii portionem mater accipiat. Et hoc dicimus, si vni concubinae societur, aut filios ex ea habeat, aut etiam praecedente concubina, morte forsitan, aut separatione, filii ei domi sint: tunc enim damus eis ab intestato ad duas

a) Nov. 89. cap. 12. §. 4 et 5.

vocias vocationem. Si vero effusa concupiscentia ei fuerit et alias superinduxerit priori concubinas, et multitudinem habuerit mulierum fornicantium, et ex iis filios habens moriatur, multas simul deferens concubinas: odibilis quidem est iste talis: procul autem hac lege modis omnibus cum talibus filiis et concubinis excludatur. Ueber diese Verordnung wird in zweyerley Hinsicht gestritten: eines Theils ob solche in Deutschland überall, mithin auch in Rücksicht derer aus dem Concubinat erzeugten Kinder, und unter Eintretung der in derselben Novelle enthaltenen übrigen erforderten Umstände, in Anwendung kommen könne. Andern Theils, ob bey der Anwendung derselben, sie auch auf die aus einem bloßen stuprum erzeugten Kinder zu extendiren sey. Man pflegt beyde Fragen mehrentheils zu vereinen; und die bejahende Meinung stützt sich insbesondere auf Gründe der Billigkeit, und sodann darauf, daß die Abschaffung eines Gesetzes im zweifelhaften Falle nicht anzunehmen stehe. Allein ein im Junius 1785. über beyde Fragen von der Göttingenschen Juristen-Facultät ertheiltes Gutachten tritt der verneinenden Meinung bey.

Es läßt sich auch nicht so leicht der Satz widerlegen: *ex aequitate, vtut euidente, iudex legem claram inconsulto Principe mitigare non*

potest. Hr. Hofr. Glück sagt daher auch in der oben angeführten Stelle *a)* ganz deutlich: Soll nähmlich eine Klage in einem Fall, wo weder aus den Worten, noch aus dem Sinne der Civilgesetze dergleichen entspringt, aus der bloßen natürlichen Billigkeit zugelassen werden, so wird hierbey vorausgesetzt, 1) daß die Billigkeit nicht wider ein ausdrückliches und noch geltendes Gesetz anlaufe, 2) daß sie in einem unleugbaren Grundsatze des natürlichen Rechts gegründet sey, und 3) ein Zwangsrecht zum Grunde habe.

Bekanntlich gab eine obligatio ciuilis bey den Römern ein Zwangsrecht zur Erfüllung derselben. Eine obligatio naturalis wirkte hingegen nur eine exceptio.

Der Richter ist allerdings nur minister legis, und wo ein deutliches Gesetz ist, fällt alle Auslegung desselben weg. Im Gegentheil kann auch der Richter nicht interpretiren wollen, wenn das Gesetz ganz und gar undeutlich ist: denn hier tritt die authentische Interpretation ein, oder es wird gar ein neues Gesetz daraus. Man zieht zwar noch in Zweifel, ob die authentische Interpretation eine wahre Auslegung, oder ob nicht jede authentische Erklärung ein neues Gesetz sey; und ist diese Frage schon deswegen allerdings wichtig, da eine

a) l. c. pag. 176.

authentische Interpretation auch mit auf vergangene Handlungen geht, hingegen ein neues Gesetz nicht. Allein wenn der Gesetzgeber die logischen Regeln beobachtet, so ist die authentische Interpretation eine wahre Interpretation: wo nicht, so ist es Veränderung des Gesetzes, mithin wirklich ein neues Gesetz. Interpretation ist nähmlich die Bestimmung des Sinnes eines dunkeln Gesetzes. Es sagen zwar die Verneinenden: der Gesetzgeber sey an die Regeln der Logik nicht gebunden, er könne durch die Interpretation das Gesetz abändern. Allein die authentische Interpretation ist unter obigen Einschränkungen eine species der Interpretation *a*). Es wird bald ein mehreres davon hier zur Anwendung kommen.

Man will nun noch in einer Novelle *b*) eine Entscheidung in Betreff der vom Richter dem Gesetze vorzuziehenden Billigkeit finden, worin es heißt: Non habere licentiam iudicem minus quam iuratum est, condemnare, neque videri *clementiorem* lege quae haec disponit, si tamen perspexerit neutrum sumptuum subdere rationi. Indessen könnte doch auch dagegen angeführt werden, daß schon selbst die Glosse bey dem Worte, *clementiorem:* corruptae esse videntur senten-

a) L. vlt. §. 1. C. de LL. l. 14. Nov. 143.
b) Nov. 8. cap. 10.

tiae, si sint legibus mitiores, sagt: und daß hier clementia doch nicht so viel als Billigkeit, aequitas; sondern vielmehr eine bloße Wohlthat, eine Gnade sey. Diese Gnade sey aber ein unverdientes Geschenk, z. B. Abolition, Aggratiation: selbst alsdann wenn z. B. der Condemnirte von hoher Familie ist; wenn dadurch seine ganze schuldlose Familie zu Grunde gerichtet werden würde, und er begnadigt wird, da er nach dem Gesetz schon verurtheilt war. Allein wie weit hergehohlt diese Erklärung ist, leuchtet ohne Umstände in die Augen, indem schon im Vordersatze des Gesetzes ausdrücklich gesagt wird: non habere licentiam iudicem *minus* quam iuratum est, condemnare: welches mithin ganz deutlich heißt: der Richter könne nicht gegen die Gesetze sententioniren: daß mithin der Ausdruck *clementiorem* in diesem Gesetze eine mit dem Gesetze nicht zu vereinbarende Milde oder Billigkeit des Richters — im gewöhnlichen Sinne des Worts — bedeute.

Ueber die Meinung des Zieglers *a*), die Leyser anführt, wenn er zwischen aequitas evidens, und dubia, oder intrinseca und extrinseca, einen Unterschied macht, da der Richter zwar in jener dieselbe vorziehen, bey dieser sich aber nichts anmaßen kann, mag ich mich kaum auslassen. In-

a) De iuribus maiestat. lib. 1. cap. 6. §. 15.

dessen beweiset doch auch das von Hartleben angeführte Gesetz *a*) nichts sonderliches, wenn er sagt: si quid vero in iisdem legibus latum fortassis *obscurius* fuerit, oportet id Imperatoria *interpretatione* patefieri, duritiamque legum nostrae humanitati incongruam *emendari*. Denn in den drey Worten: *obscurius*, *interpretatione*, *emendari*, steckt eine beabsichtigte Interpretation; und ganz deutlich wird durch das Wort *emendari* authentische Interpretation und respective Verbesserung des Gesetzes, also ein neues Gesetz, verstanden.

Von ähnlicher Art ist ein noch angeführtes anderes Gesetz *b*): Quis legum aenigmata soluere, et omnibus aperire idoneus esse videbitur, nisi is, cui soli legislatorem esse concessum est. — Aber doch schon etwas mehr entscheidend als jenes Gesetz.

Daß aber übrigens die von Hartleben gegebene Regeln mit seiner sonstigen Meinung nicht ganz übereinstimmen, ergeben sie selst. Denn er sagt in der ersten Regel: si ex obseruantia legis euidenter absurdum sequeretur, tunc sufficiens aequitatis ratio adest, quae *iudicem mouere possit, vt a lege recedat.* Lex enim omnis debet esse rationabilis et saluti publicae

a) L. 9. C. de LL. 1. 14.
b) L. vlt. §. 1. C. de LL. 1. 14.

accommodata; proinde de *Legislatore praesumi* non potest, quod legem etiam pro casu, quo euidenter absurdum emergeret, obligare voluerit. Dieser steht doch wohl die zweyte von ihm gegebene Regel offenbar entgegen: worin er sagt: si legis dispositio profecta sit ex praesumtione facti ac circumstantiae particularis, tunc aequitas postulat, vt cessante hac circumstantia particulari, *iudex a lege recedat:* das ist, — wenigstens dringt sich diese Erklärung von selbst auf, — wenn die Bedingungen, der concrete Fall des Gesetzes nicht vorhanden, so soll es nicht angewendet werden.

Auch L. 13. D. de testibus, überläßt dem Richter nur alsdann nach der Billigkeit zu urtheilen, wenn es an positiven Bestimmungen fehlen sollte. Quaesitum scio, an in publicis iudiciis calumniae damnati testimonium iudicio publico perhibere possunt. Sed neque lege Remnia prohibentur: et Iulia lex de vi, et repetundarum, et peculatus, eos homines testimonium dicere, non vetuerunt verumtamen quod legibus amissum est, non amittetur *religione iudicantium*, ad quorum officium pertinet, eius quoque testimonii fidem, quod integrae frontis homo dixerit, perpendere. Sehr richtig heißt es daher in der mehrerwähnten Abhandlung über die Billig-

keit *a*). So viel sehe man wohl, daß da, wo die Gesetze selbst dem Richter die Billigkeit empföhlen, eine solche gemeinet sey, welche das Gesetz nicht abändere, sondern es vielmehr seiner — des Gesetzes oder Gesetzgebers — Absicht gemäß anwende. Werde aber eine den Gesetzen zuwiderlaufende Billigkeit empfohlen, so werde zugleich vorausgesetzt, daß das Gesetz fehlerhaft sey, und durch den Richter verbessert werden müsse. – Dieser Nachsatz könnte nun freylich einigen Zweifel erregen. Allein der Herr Verfasser erklärt sich, rücksichtlich auf diese Besorgniß schon selbst, wenn er sagt, daß das nicht so zu verstehen sey, als ob der Richter, als solcher, sich herausnehmen dürfe, Gesetze, die er für unbillig halte, nicht zu befolgen. Denn dadurch würde er in der That Gesetzgeber werden, und mit der gesetzgebenden Gewalt die ausübende verbinden, ein Uebel, welches eines der größten wäre, das einen Staat betreffen könnte. Es ist allerdings gegründet, daß der Richter, oder die Justiz sich nicht unterstehen darf, die Gesetzgebung und Vollziehung zu meistern. Nur dem Gesetzgeber steht das unstreitige Recht zu, ihr Vorschriften, auch für vergangene Fälle zu ertheilen, und die vollziehende Gewalt muß sich im Nothfalle über einen Rechtsspruch eben so gut hinaussetzen dürfen, als über ein anderes unbezweifeltes Recht eines Ein-

a) L. c. S. 364.

zelnen. Und wie sehr gefährlich dürfte es werden, wenn z. B. der Richter erst untersuchen wollte, ob der Regent und Gesetzgeber bey Abfassung eines Gesetzes die Billigkeit vor Augen gehabt habe. Vorzüglich verdienen die sonst so gefährlich klingende Rescripta *de non* administranda iustitia Aufmerksamkeit. "Aber welcher Staat in der Welt, sagt Hr. Hrfr. Hugo, würde seinen Richtern erlauben, darüber im Wege Rechtens zu entscheiden, ob er einen Krieg anfangen, eine Religionspartey dulden oder vertreiben, eine Handlung zum Verbrechen machen, eine Abgabe fordern ꝛc. dürfe" *a*).

Mehreren Anschein zum Widerspruch hat eine andere Stelle jener Abhandlung *b*), wo es heißt: "Faßt man Alles zusammen, was ich bisher über „die Billigkeit des Richters gesagt habe, so beru„het es auf dem Grundsatze: Wenn vermöge eines „wohlgegründeten Rechts eine Veränderung noth„wendig ist, diese aber durch die Gesetze selbst nicht „bestimmt worden, so muß solche nach Billigkeit, „d. h., mit Rücksicht auf die Umstände der Sache „und die besonderen Eigenschaften und Verhältnisse „der Personen geschehen."

Es scheint in der That, als ob der Hr. Verfasser sich durch diese Aeußerung hier der Meinung

a) Lehrb. eines Civ. Curs. Bd. 2. §. 334. S. 391.
b) L. c. S. 379.

des Hartleben, und zu dessen angegebenen Regeln neigen wolle. Allein sollte diese Aeußerung nicht vielmehr eben das sagen, was schon vorhin bemerkt worden, daß nähmlich der Richter alsdann allenfalls nach der Billigkeit sprechen und entscheiden könne, wenn es in dem Gesetze, von welchem die Rede ist, ausdrücklich zugelassen worden, oder es an positiver Bestimmung dieses Falls gänzlich ermangelt, und so vielleicht analogisch verfahren werden könne? Vorausgesetzt, daß der Richter nicht angewiesen sey, in diesem Fall an den Gesetzgeber oder eine von ihm angeordnete Gesetzcommission zu gehen. Doch der Hr. Verf. erklärt sich darüber in Folgenden. "Dieses versteht sich jedoch mit der „Einschränkung, daß der Richter auch in diesem Falle „von dem Gesetze der Gleichheit nur alsdann abgehen dürfe, wenn es klar ist, daß die rechtliche „Wirkung sich nach den persönlichen Verhältnissen „und Eigenschaften der Personen richten müsse." Daß also die Bedingungen des concreten Falls auf den das Gesetz angewendet werden soll, nicht ganz vorhanden sind. Noch mehr: "Vermöge dieser Grundsätze äußert sich die Billigkeit des Richters besonders bey Beurtheilung der Criminalfälle, der häuslichen Verhältnisse und der Verfügungen unter Lebendigen und auf den Todesfall: in so fern es „offenbar ist, daß sich dergleichen Verordnungen „auf persönliche Verhältnisse beziehen."

"Am meisten findet die Billigkeit bey Beurthei„lung der Beweise Statt. Dabey muß ganz vor„züglich auf die persönlichen Umstände der Par„teyen und Zeugen Rücksicht genommen, und doch „dabey die Parteylichkeit vermieden werden."

Freylich ließe sich hierbey wohl nicht ohne Grund der Einwurf machen, daß sich dieses zu widersprechen scheine, indem solches von einer Billigkeit im Allgemeinen, so weit sie überhaupt den Charakter eines Menschen bestimmt, es mag derselbe Privatmann, Gesetzgeber oder Richter seyn, genommen zu seyn scheine. Das darf jedoch nicht seyn, da hier von der Billigkeit des Richters bey der befraglichen Anwendung eines Gesetzes die Rede ist. Er fürchtet denn daher auch selbst diese Vermuthung, wenn er S. 380. sagt: Man dürfe hier vielleicht die Frage aufwerfen: wie es möglich sey, Parteylichkeit zu vermeiden, und doch auf die persönlichen Umstände und Verhältnisse der streitenden Theile Rücksicht zu nehmen. Ja selbst die Antwort hierauf, daß die Unparteylichkeit nur von solchen Verhältnissen abstrahire, in welchen die Parteyen sich in Beziehung auf den Richter befinden, hebt, wie der Hr. Verfasser selbst bemerkt, den Einwand noch nicht, daß es unmöglich sey, den Richter von dem Einflusse seiner besondern Zu- oder Abneigung frey zu erhalten, so bald man ihm erlaubt,

seinem Zutrauen oder Mißtrauen gegen einen oder den andern Theil Einfluß zu verstatten. Indessen lassen sich doch auch diese Zweifel heben: und der Hr. V. sagt deshalb ferner S. 369.: "Es ist be„kannt, welche schlimme Folgen die sogenannte „Billigkeit der Prätoren in Rom nach sich zog, und „wie man ihre Parteylichkeit durch die Verordnung „einschränken mußte, daß sie wenigstens während ihrer „kurzen Amtsführung nach einerley Grundsätzen ver„fahren und schuldig seyn sollten, denselben Rechts„satz, den sie gegen andere angenommen hatten, in „der Folge auch gegen sich gelten zu lassen. Es „klagten auch die Römischen Rechtsgelehrten schon „über die Ungerechtigkeit, welche sehr oft unter dem „Scheine der Billigkeit ausgeübt wurde. Hierzu „kommt noch, daß es eben die Grundsätze der Bil„ligkeit sind, bey deren Anwendung man sich am „leichtesten irren kann. Mit Recht hat also Car„rach in der oben erwähnten Abhandlung a) den „Richter auf gehorsame Befolgung der Gesetze ein„geschränkt."

Alsdann freylich, wenn man es dem Richter überlassen wollte, fremde recipirte Gesetze auf unsere heutige Verfassung, so weit sie seinem Ur-

a) Rechtliche Erörterung der Frage: Ob in Teutschland eine Gerichts-Obrigkeit unter dem Vorwande der Billigkeit von den Gesetzen abweichen könne?

theile nach darauf anwendbar sind, zu appliciren, würde jene Behauptung des Carrach noch mehr Gewicht erhalten. Aber wie sieht es noch in Rücksicht auf einheimische, eigene Gesetze aus? Der Hr. V. jener Abhandlung sagt *a*): "Anders verhält es sich, wenn auf eine Strafe erkannt werden soll, und in einem solchen Falle Umstände „vorkommen, welche ihn von den übrigen unter „dem Strafgesetze begriffenen Fällen merklich unterscheiden. Sind diese besondern Umstände so beschaffen, daß man nicht zweifeln kann, der Gesetzgeber würde für diesen besondern Fall eine Ausnahme bestimmt haben, wenn er ihn so, wie er „sich zugetragen hat, vorausgesehen hätte; so ist „es die Pflicht eines billigen Richters auf den Grund „des Gesetzes zum Vortheile dessen Rücksicht zu „nehmen, der sonst einen unverdienten Nachtheil „erleiden würde. Ich setze den Fall, Sir Ashton „Levers berühmte Naturalien-Sammlung wäre nach „Art einer Lotterie ausgespielt worden, und ein „hiesiger Unterthan hätte in diese Lotterie gesetzt, „um Naturalien zu erhalten, zu welchen er auf andere Weise nicht gelangen könnte. Würde wohl „ein billiger Richter ihn als einen, der gegen die „Lotteriegesetze gesündigt hätte, in Strafe nehmen? „Wendete man ein: es sey kein Grund vorhanden, „warum dem Richter bey Straffällen eine größere

a) L. c. S. 370.

„Macht eingeräumt werden solle, als bey andern „Sachen, so antworte ich: daß der Richter eben „durch Ausübung der Billigkeit seiner eigenen „Macht Grenzen setzt.“ Bey Civil-Streitigkeiten „aber kann die Billigkeit gegen den einen nicht „ausgeübt werden, ohne gegen den andern, der „die Worte des Gesetzes für sich hat, ungerecht „zu seyn.“

Ich kann diesem nicht ganz beystimmen. Es läuft wiederum auf die Hartlebenschen Regeln hinaus, über die ich mich hinlänglich erklärt habe. Es gehet aus dieser Behauptung nur zu deutlich hervor, daß der Richter die Regel befolgen müsse, daß, wenn der Grund des Gesetzes wegfalle, auch das Gesetz selbst wegfallen müsse: eine Regel, die in der Anwendung so viel Bedenkliches hat. Die Lehre von der clausula rebus sic stantibus, sagt der Verfasser der Juristischen Fragmente, Th. 2. c. 16. Fr. 145. §. 146. p. 33. bey Willens-Erklärungen der Privatpersonen sey bekannt. Sie enthalte, daß auf die Umstände, welche den Willen motivirt haben, Rücksicht zu nehmen sey, und daß dieser rückgängig werden solle, wenn jene nicht mehr zutreffe. Auf gleiche Weise müßten auch die gesetzlichen Willens-Erklärungen der Legislation, wenn man einmahl von ihr annähme, daß sie keine andere Absicht haben könne oder wolle, als

mit dem vonvornigen Rechte gleichen Schritt zu halten, und mit demselben allenthalben möglichst zu harmoniren, in eben der Maße verschwinden, in welcher sie nicht mehr mit der Vonvornigkeit übereinstimmten; wovon denn die Folge sey, daß das positive Recht dem vonvornigen so ähnlich sehen müsse, wie ein Ey dem andern, oder daß vielmehr jenes mit diesem völlig Eins seyn müsse. — Zu gleichem Zwecke lasse sich auch der juristische Satz: cessante ratione legis, cessat lex gebrauchen. Der Grund eines positiven Gesetzes solle nähmlich darin liegen, daß es von der Vonvornigkeit dictiret worden sey. So bald also bey einem Gesetze dieser Grund sich nicht finde, und so bald es folglich von der Vonvornigkeit abgehe, müsse es sogleich aufhören, zu existiren. — Mit noch besserem Effecte werde sich die Theorie von dem consensus fictus anwenden lassen, d. h., demjenigen Willen, der zwar nicht da sey, den man aber zum Besten eines Systems, um diesem Rundung zu geben, erdichte oder erlüge; — ordentlicher Weise als ob die Jurisprudenz ein Epos sey, welches an der dabey zum Grunde gelegten Handlung nie leicht genug habe, sondern der Hülfe der Phantasie bedürfe ꝛc. Oder soll der Richter untersuchen, ob die Bedingungen des concreten Falles, worauf das Gesetz angewendet werden soll, vorhanden sind? — Dann bin ich gern geneigt, jenen

Aeußerungen beyzutreten. Aber findet nicht immer noch ein Unterschied zwischen dem Grund oder der Ration und den Bedingungen des Gesetzes Statt? — Der Hr. V. d. A. scheint sogar anzunehmen, daß in Fällen, wo das Gesetz deutlich aber hart ist, der Richter — wenigstens in Straffällen — mit der Billigkeit succurriren könne. Er sagt ferner: Es sey auch in Straffällen ein großer Unterschied zu machen: ob über die Strafwürdigkeit oder die Bestimmung der Strafe gestritten werde. Wenn im ersteren Falle eine authentische Erklärung unzulässig sey, so sey sie es darum nicht auch im zweyten. Denn in diesem könnte der Verbrecher, der Zweifelhaftigkeit des Gesetzes ungeachtet, doch wissen, daß seine Handlung strafbar sey. Ganz anders verhalte es sich aber, wenn es ungewiß sey, ob eine gewisse Handlung unter diejenigen gehöre, auf welche das Strafgesetz angewendet werden könne. Denn eine authentische Auslegung könnte alsdann ein neues Gesetz enthalten, nach welchem doch vorhergegangene Handlungen nicht gerichtet werden dürften.

Allein diese Gründe belehren noch nicht hinlänglich. Denn man kann leicht folgendes dagegen anführen. Soll es die Pflicht eines billigen Richters seyn, auf den Grund des Gesetzes zum Vortheile dessen Rücksicht zu nehmen, der sonst

einen unverdienten Nachtheil erleiden würde, wenn ein Gesetz so beschaffen ist, daß man nicht zweifeln kann, der Gesetzgeber würde für diesen besondern Fall eine Ausnahme bestimmt haben, wenn er ihn so, wie er sich zugetragen hat, vorausgesehen hätte: so müßte das Gesetz entweder ganz deutlich, oder in etwas dunkel seyn. Im ersteren Fall fehlte es an den vorauszusetzenden Bedingungen, an der Causalität, mithin ganz an der Anwendung dieses Gesetzes. Im zweyten Fall müßte das Gesetz doctrinal erklärt werden, weil hier noch eine gewisse Dunkelheit oder Undeutlichkeit im Gesetze selbst steckt. Diesem gemäß läßt sich denn auch ferner sagen, daß von der Beschaffenheit das von dem Hrn. Verfasser der Abhandlung gegebene Beyspiel mit Sir Ashton Levers sey; und daß alsdann hiermit die vier Regeln des Hartleben genau übereinstimmten. Aber eines Theils ist gezeigt, daß eine eigentliche Unanwendbarkeit des Gesetzes vorhanden ist: andern Theils darf man nur diese Stellen des Hrn. V. in ihrem ganzen Umfange betrachten, um sich zugleich zu überzeugen, wie sich der folgende Satz erklären lasse, daß der Richter eben durch Ausübung der Billigkeit seiner eigenen Macht Grenzen setze, und man deshalb demselben bey Straffällen eine größere Macht einräumen könne, als in andern Fällen. Es ist freylich wohl im Allgemeinen einer-

ley, ob der Richter bey Criminal= (Straf=) oder Civilfällen der Billigkeit nachgehet, denn er kann in der That — wenigstens in gewisser Rücksicht — in dem einen wie in dem andern Falle dieselbe zum Vortheile des einen und zum Nachtheil des andern anwenden: oder, um mich anders auszudrücken, von der einen Seite Gutes, von der andern Seite Nachtheil stiften. Allein es führt dieses darauf zurück, ob dem Einzelnen ein Schade erwachse, wenn der Verbrecher hart oder gelinde bestraft wird? ob der Einzelne dadurch an seinem Eigenthum gewinne, oder verliere? — Ob der Verbrecher der That, oder des Beyspiels wegen bestraft werde? Worüber ich mich, so weit es hier thunlich, bereits ausgelassen habe.

Der Unterschied, ob über die Strafwürdigkeit oder die Bestimmung der Strafe gestritten werde? ist allerdings anscheinend: und es läßt sich nicht gut sagen, daß wenn jemand die Einsicht der Strafwürdigkeit seiner Handlung hat, er solche auch der Regel nach in allen Fällen und richtig habe: und daß mithin, so wie er in Straffällen eigentlicher Criminalfälle die Einsicht der Bestimmung der Strafe nicht habe; er eben so gut auch die Bestimmung derselben in Civilfällen nicht wissen könne: wenn ich auch nur die Folgen im uneigent=

lichen Sinne strafbar nenne, und z. B Schadensersatz, casus fortuitus, als solche Folgen annehme.

Doch aber ist wohl dieses einer Beachtung werth, ob nicht nur in Criminalfällen, wo es ungewiß ist, ob eine gewisse Handlung unter diejenigen gehöre, auf welche das Strafgesetz angewendet werden kann, eine authentische Erklärung alsdann ein neues Gesetz enthalten könne, nach welchem vorhergegangene Handlungen nicht gerichtet werden dürften; sondern dieß auch von Civilfällen gilt: z. B. in einer Stadt in Deutschland ward ein neues Gesetz gemacht, daß kein Handwerker Wechsel solle ausstellen dürfen. Nun trug sich der Fall zu, daß ein Hofbäcker in der Residenz-Stadt Wechsel ausstellte. Da wurde nun viel gestritten. Der Hofbäcker wurde nach Wechselrecht belangt. Allein es wurde dennoch endlich dahin entschieden, daß er keine Wechsel ausstellen dürfe, weil er nicht mehr wie ein anderer Handwerker sey. War dieses nun authentische Interpretation oder Ausdehnung des Gesetzes, oder ein ganz neues Gesetz? Es war bloß authentische Interpretation. Oder, ein anderer Fall, der an die Göttingensche Juristen-Facultät gekommen: da ein Handwerksgesell seinem Meister 20 Rthlr. entwendete. Nun fragte sich's, kann dieser Handwerksgesell andern Domestiken gleich gehalten werden, und mithin die strenge

Dienstbothen=Ordnung bey ihm Anwendung haben? Der König ward um eine Interpretation gebethen, und entschied: künftighin sollten alle Gesellen den Domestiken gleich gehalten, und wenn er 20 Rthlr. an Werth entwendete, mit dem Strange bestraft werden. Dieß war ein neues Gesetz: denn der Vertrag zwischen dem Gesellen und Meister ist zwar eine locatio operarum pro certa mercede: aber dadurch wird er noch nicht eigentlich zum Dienstbothen. Ich muß noch eines einzigen Beyspiels erwähnen. Es ist nähmlich in den Kriegsartikeln für die sämmtlichen Churfürstl. Braunschweig=Lüneburgischen Truppen vom dato St. James den 4. May 1790. im 142sten Artikel *a*) verordnet: "wenn jemand entweder seinen Wirth, bey „dem er einquartiret ist, oder ein Diener oder „Knecht seinen Herrn, oder ein Cammerad den „andern, bestiehlet, der soll mit dem Strange vom „Leben zum Tode gebracht werden, wenn der „Werth der gestohlenen Sachen auf fünf Species=„Reichsthaler sich beläuft, und das Gestohlne nicht „erstattet werden kann." Nun ereignete sich der Fall, daß ein Invalide von einem Soldaten bestohlen wurde, und die wichtige Frage entstand: ob ein des wirklichen Dienstes entlassener und in Pension gesetzter Invalide unter dem gesetzlichen

a) S. Willich's Auszug: Supplement. I. 1792. S. 230 und 231.

Ausdrucke des Cammeraden für mitbegriffen zu halten, mithin auf den Soldaten, der ihn um 88 Rthlr. 2 Gr. Caff. Werth bestohlen, die gesetzliche Strafe anwendbar sey. Worauf das General-Kriegsgericht auf das von der Göttingenschen Facultät im Januar 1792. gesprochene Urtheil, eine zehnjährige Karrenschiebenstrafe erkannte; mithin das Gesetz nicht anwendete. Aber nicht aus Gründen der Billigkeit, sondern aus Rechtsgrundsätzen, wegen Unanwendbarkeit des Gesetzes aus dem Mangel der festgesetzten Bedingung, ihn mit der Todesstrafe verschonte. Weil nähmlich, wie es in den Urtheilsgründen unter andern heißt, der Diebstahl für einen am Cammeraden begangenen Diebstahl aus der Ursach nicht zu achten, weil der Bestohlene ein in Pension gesetzter, somit des wirklichen Dienstes entlassener Invalide sey, welcher unter dem gesetzlichen Ausdruck des Cammeraden um so weniger für begriffen zu halten, als Strafgesetze, insonderheit, wenn sie streng sind, in der Auslegung nicht auszudehnen, sondern einzuschränken, und daher nach dem strengsten Wortverstande zu nehmen sind.

Sollte es denn auf die Art nicht einen einzigen Fall geben, wo der Richter die Billigkeit der Strenge des Gesetzes vorziehen könnte? Sollte man es nicht viel billiger finden, denjenigen, welcher et-

was gekauft hat, bey dem Besitze und Eigenthume der Sache zu erhalten, als den, welchem es geschenkt worden ist, zu schützen: indem doch jener einen Verlust aus dem Seinigen hat, diesem aber nur ein lucrativer Gewinn abgeht, oder wie man in der juristischen Sprache sagt: da jener pro damno auertendo, dieser pro lucro captando streitet. Im Allgemeinen sieht das Römische Recht auf diesen Unterschied nicht, sondern nur in Collisionsfällen von Privilegien oder Rechtswohlthaten. Vielleicht aus dem Grunde, weil es weniger von Schenkungen wußte; oder vielleicht, weil z. B. der Schenknehmer, der in Rücksicht dieses Geschenks geheirathet oder Aufwand gemacht hatte, einen baren Verlust leiden würde, wenn ihm das Geschenk wieder genommen werden dürfte.

Aber wir wollen folgenden Fall, der wirklich existent gewesen, annehmen. Es ist bekannt, daß eine öffentlich, sub hasta verkaufte Sache gegen jedermann als ein gültiger Kauf angesehen werden soll; ja die Gesetze nehmen dabey nicht einmahl auf laesio vltra dimidium Rücksicht, wenn nur sonst die in den Gesetzen geordnete Erfordernisse beobachtet sind. Nun wollen wir setzen. Jemand hat an einem Dritten eine Forderung von 900. Rthlr. an Capital, und außerdem noch für einige Jahre rückständige Zinsen. Der Schuldner gibt

ihm eine Hypothek auf sein Haus, das nach dem zeitigen Werthe wenigstens 1000 bis 1200 Rthlr. werth ist. Der Gläubiger ist genöthiget, die Hypothek zum Anschlage zu bringen. Der Mandatar des Gläubigers substituirt einen andern, instruirt ihn jedoch nicht gehörig, und läßt ihm von der Hypothek überall nichts wissen, sondern sagt nur, das Haus solle in diesem dritten Termine auf jeden Fall zugeschlagen werden. Dieß geschieht einem Dritten, nicht dem hypothekarischen Gläubiger; jenem wird es für 520 Rthlr. zugeschlagen. Aus dem Zuschlage bekommt derselbe ein ius quaesitum: der Zuschlag steht gegen die Verordnung klarer Gesetze nicht aufzuheben. Es sind die sonstigen gesetzlichen Vorschriften dabey beobachtet; der Uebergabe an Zahlungsstatt nach dem taxirten Werthe ist in der Obligation gültig entsagt: laesio vltra dimidium soll gegen einen solchen öffentlichen Verkauf nicht schützen: die Aufhebung würde die gerichtliche Glaubwürdigkeit mindern. Ganz recht. Aber der hypothekarische Gläubiger verliert zugleich mit dem Schuldner mehr als 400 Rthlr. Diese streiten für die Abwendung eines Nachtheils: jener, um einen Vortheil zu erhaschen. Die strengen Gesetze sehen hierauf nicht. Es ist bekannt, daß in Fällen, wo zwey völlig gleich qualificirte Privilegien mit einander collidiren, dasjenige den Vorzug haben muß, was für Abwendung eines Nachtheils streitet, gegen

das, welches nur um Erhaschung eines Vortheils sich bemühet. Gibt dieses hier nicht zu analogischem Grunde wenigstens Veranlassung? Der Richter kannte die Verhältnisse, und sah daß der Substituirte sie nicht wußte. — Ueberhaupt ist es ja noch streitig, ob nicht wegen einer Verletzung vltra dimidium auch ein sub hasta geschehener Kauf ungültig, und ob die Einräumung an Zahlungsstatt nach vorgängiger Schätzung gültig sey. Diese und mehrere andere Gründe der Billigkeit wurden zwar in der Supplications-Instanz, der untern Instanz ausgeführt, allein sie wurden unerheblich angesehen, und die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht ertheilt. Selbst in der zweyten Instanz, wohin appellirt wurde, ward das Urtheil des Untergerichts bestätiget. Aber das Tribunal sah die Sache mit andern Augen an, und hob den sub hasta geschehenen Zuschlag wiederum auf. Aber weßhalb? Vielleicht aus denen angeführten Billigkeitsgründen? Vielleicht trugen sie dazu bey, — vielleicht trug auch mit dazu bey, daß der Unterrichter alle Umstände und Verhältnisse, die ganze Lage der Sache kannte; hingegen der substituirte Anwald von allen diesen Verhältnissen nichts wußte. Mag immer seyn: aber die Hauptmomente mögen wohl besonders diese gewesen seyn: 1) daß der substituirte Mandatar überall nicht ad acta legitimirt war, ohne Vollmacht des Substituenten erschien: — ob der substituirende

Sachwald gehörig bevollmächtiget war, ist mir nicht genau bekannt: daß also 2) dessen Handlungen ohne Vollmacht nicht verbindlich werden konnten: da er auch nicht einmahl de rato cavirt hatte. Jenes Gesetz paßte also nicht auf die Bedingungen des concreten Falls, oder es standen ihm Mängel entgegen, die es unanwendbar machten. Mithin ward nicht mit Hintansetzung vorhandener Gesetze nach Billigkeit, sondern vielmehr nach den vorhandenen Gesetzen selbst gesprochen. Aber wir wollen sehen, ob nicht in dem folgenden Falle mit Hintansetzung der Gesetze, nach Billigkeit gesprochen worden. Es betrifft die Frage über die Zulässigkeit der Eideszuschiebung in Ehesachen, welche nach bekannten Gesetzen, besonders wenn dieselbe auf die Trennung der Ehe abzweckt, nicht Statt finden soll. Wovon man die Gründe aus der Natur der Sache gewiß nicht nehmen kann: im Gegentheil der Eid in dieser Art Sachen viel nothwendiger scheinen dürfte, als in jeder andern: indem bey solchen Thatsachen, welche Veranlassung zur Ehescheidung geben, es wohl mehr am Beweise fehlen möchte, als bey irgend andern. Und warum soll der Eid nicht auch hier Statt finden, da man sich dessen in allen Fällen bedienen darf, wo keine andere Beweisart ausgemittelt werden kann. Warum läßt man ihn als Reinigungsmittel in manchen, gewiß nicht unwichtigen Fällen, warum nicht min-

der als Erfüllungs-Eid zu bey Vermuthungen. Man besorgt besonders in Ehescheidungsstreitigkeiten den Meineid mehr als in andern Fällen *a*), obgleich ohne hinreichenden Grund. Das Römische Recht steht auch gar nicht im Wege *b*). Aber das Canonische Recht, oder vielmehr die Interpreten, geben uns hier die Vorschriften, hergenommen aus dem verkehrten Grundsatze der Heiligkeit und Geistlichkeit der Ehe, da sie solche sogar als heiliges Sacrament betrachten, und deßhalb unauflöslich ansehen wollen. Geradezu sagt das Canonische Recht nicht, daß der Eid in Ehesachen nicht zuläßig seyn soll: aber doch per indirectum. Denn es verordnet "poteris — sc. iudex — ad componendum interponere partes tuas — exceptis nimirum casibus, qui *compositionis* seu *dispensationis remedium* non admittunt, vtpote *coniugii sacramentum*" *c*); und in *matrimoniali* quoque causa, vel liberali, vel criminali, cum maiores iudices exigant, arbiter nequit assumi" *d*). Auch "demum (coniuges) vtriusque studio interueniente fuerunt minus rationabiliter separati; *nolentes*

a) *Iul. Frid. Malblanc* doctrina de iure iurando. Norimb. 1781.

b) L. 3. §. 1. L. 7. L. 9. L. 38. D. de iureiurando. 12. 2. L. 25. §. 3. D. de probat. 22. 3.

c) Capit. final. X. de transaction.

d) Cap. 9. X. de in integr. restitut.

igitur *matrimonia* canonice contracta *leuitate* quadam diſſolui, mandamus, quatenus valis conſtiterit, eos per iudicium eccleſiae non fuiſſe legitime ſeparatos eccleſiamque deceptam, ipſas faciatis ſicut virum et vxorem inſimul permanere" *a*). Nachdem man nun mit dieſen Vorſchriften des Canoniſchen Rechts die des Römiſchen Rechts über den in dem Eide liegenden Transact *b*) verbunden hat, über die Aufhebung der Ehe aber ein Transact nicht zuläſſig ſey; ſo iſt daraus endlich der Schluß gemacht, daß die Eidesdelation in Eheſachen contra vinculum nicht Statt finden könne. Wie weit ſich dieſes ausgedehnt hat, iſt bekannt, wenn man an Verlöbniſſe denken will. Daß nun dieſe Grundſätze unrichtig ſind, iſt leicht begreiflich, und ſagt beſonders unter vielen andern davon *Ludovici c*), es ſtehe in dem capit. fin. X. de transact. daß der Eheſtand ein Sacrament ſey, und daß deßhalb die Parteyen darüber nicht tranſigiren könnten: nun hätten ja aber die evangeliſchen Rechtslehrer den Satz, daß die Ehe ein Sacrament ſey, längſt verworfen, und ſehe er daher nicht ab, wie man dann daraus noch einen richtigen Schluß her-

a) Cap. 7. X. de ſentent. et re iudic.

b) L. 21. D. de dolo malo. 4. 3. L. 2. D. de iureiurando. 12. 2.

c) Einleitung zum Conſiſtorial-Prozeß. Cap. 15. §. 4. 5.

leiten wolle. Auch sagt **Boehmer** *a*): "qui agit ad diuortium, ex capite adulterii et desuper iuramentum defert, admittendus." Diesem gemäß ist denn auch im Jahr 1793. u. 1794. von drey Juristen-Facultäten, zu Wittenberg, Leipzig und Göttingen, auf die Zulässigkeit eines zugeschobenen, geradezu gegen die Fortdauer der Ehe laufenden Eides, übereinstimmend erkannt worden. Sucht man die Gründe hierzu in vermeintlicher Billigkeit, so geht man sehr irre. Nein, es steht keine gesetzliche Verordnung im Wege. Denn L. 21. D. cit. redet nur von einem Vertrage der Parteyen, vermöge dessen das, worüber geschworen wird, als Wahrheit angesehen werden soll. Wie groß und wesentlich ist und bleibt nicht der Unterschied zwischen Eid und Transact. Wer will doch wohl behaupten, daß ein Transact ein Beweismittel, so wie der Eid sey. Deshalb stellen denn auch keine Gesetze den Eid mit dem Transacte gleich. Kurz, es ist ohne weitere Ausführung gewiß, daß hier nicht nach Billigkeits- sondern lediglich aus Rechtsgründen, zwar gegen die gewöhnliche Meinung vieler Rechtsgelehrten gesprochen worden. Aber was hindert uns, — sagt ein berühmter Rechtslehrer, — unter Leitung der gesunden Vernunft, einen Schritt weiter zu gehen, und die

a) De iure eccles. protestant. Tom. I. lib. 2. tit. 24. §. 67.

ganze Lehre, welche auf unrichtige Gründe und falsche Voraussetzungen gebauet ist, zu verwerfen? Hier sollen keine deutliche aber harte Gesetze verworfen, und die Billigkeit vorgezogen werden: nein, es sollen nur unrichtige Gründe und falsche Voraussetzungen berichtiget werden. Es sollen die Gesetze nach ihrem wahren Sinne angewendet und Trugschlüsse und falsche Folgerungen beseitiget werden.

Der Verfasser jener Abhandlung über die Billigkeit bezieht sich übrigens zwar insbesondere nur auf Criminalfälle; indessen führt er doch auch mehrere Civilfälle an. So sagt er S. 371.: es verstehe sich übrigens von selbst, daß die Willkür des Richters um so viel größer sey, je älter das Gesetz sey, dessen Uebertretung bestraft werden solle. Strafgesetze, welche der Denkungsart des Zeitalters nicht mehr angemessen wären, veralteten, auch ohne ausdrückliche Abschaffung von selbst. In wie fern sie nun veraltet seyen, müsse den Justizcollegiis, welche die Strafgesetze handhabten, nothwendig bekannt seyn. In dieser Rücksicht sey also die erwähnte Meinung **Hommels** nicht zu mißbilligen; wie denn auch die von ihm angeführten Beyspiele von Gesetzen, welche durch die Justizcollegia verbessert worden, — ? — Strafen zum Gegenstande hätten. Deßwegen verdiene auch **Leyser**

Beyfall, so weit er sich auf Fälle dieser Art ein-schränke. — Er sagt ferner S. 372.: "Ein jeder „hat von Natur das Recht, selbst zu urtheilen, was „er zu thun oder zu lassen habe. Wozu ich ver-„pflichtet bin; dazu bin ich auch berechtiget. Nie-„mand darf mich zwingen, etwas zu thun, was „meiner Ueberzeugung zuwider ist. Es ist wahr, „ich bin als Mensch verbunden, das Wohl meiner „Nebenmenschen zu befördern. Allein, so gut der „Andere wissen kann, was ihm fehlt, so wenig „kann er wissen, was ich entbehren kann; und, „wenn er es auch wissen könnte; wenn es ihm mög-„lich wäre, sich ganz an meine Stelle zu setzen; „alle meine Verhältnisse zu beurtheilen; und auf „diese Art ausfindig zu machen, daß ich den Ueber-„schuß meiner Kräfte oder Güter nicht besser als „zu seinem Nutzen anwenden könnte; so würde er „dennoch, den Fall der äußersten Noth ausgenom-„men, kein Recht haben, an meiner Statt zu ur-„theilen. Da einer so gut irren kann, als der an-„dere, so darf keiner sich anmaßen, sein Urtheil „dem andern aufzudringen. Jeder muß sich sei-„ner eigenen geistigen und körperlichen Kräfte, so „gut er kann, bedienen, weil nur dadurch das all-„gemeine Interesse, der Menschheit, ja der gesamm-„ten Geisterwelt, am besten befördert werden kann. „Denn dieses erfordert die möglich größte Thätig-„keit aller denkenden Wesen."

"Will man so weit bis auf die ersten Gründe „der Sittlichkeit nicht zurückgehen; so denke man „sich einen Staat ohne Gesetze. Natürlich thut „alsdann ein jeder, was er will. Aber derjenige, „welcher die andern hindern will, ihren Einsichten „gemäß zu handeln, und zu diesem Ende wirklich „Gewalt braucht, wird als ein allgemeiner Feind „Aller betrachtet werden. Alle werden sich gegen „ihn verbinden, und das erste Gesetz wird seyn, „gegen den Gewalt zu gebrauchen, der gegen an„dere Gewalt ausüben will."

"Dieses Gesetz könnte man das Gesetz der „natürlichen Freyheit oder auch der Gleichheit „nennen, weil zufolge desselben ein jeder auf gleiche „Weise berechtiget ist, seiner eigenen Ueberzeugung „gemäß zu handeln, in wie fern er nur andere „nicht hindert, der ihrigen zu folgen. Alles, was „aus dieser Regel abgeleitet werden könnte, wäre „natürliches Recht im engern Verstande."

"Hätten die Bürger eines solchen neuen Staats „die Feldmark unter sich getheilt, und ein Eigen„thum eingeführt, so würde vermöge des vorge„dachten Gesetzes der natürlichen Freyheit ein jeder „auf gleiche Weise berechtiget seyn, mit Ausschluß „des andern darüber zu verfügen. Nur so weit „sie schon ihr Urtheil geäußert, und demselben „wechselseitig verbindliche Kraft beygelegt hätten,

„würden sie einen Zwang, Etwas zu leisten, an„erkennen."

"So weit ginge das Recht! Immer würde „dabey noch eine vollkommene Gleichheit der Sub„jecte Statt finden. Einer wäre sowohl, als der „andere, die Erfüllung des Vertrags zu fordern „berechtiget. Aber wären durch den Vertrag selbst „ungleiche Rechte eingeführt, und die Art der „Ausübung nicht vollständig bestimmt, oder durch „Verletzung der Rechte des andern diesem ein „Schade zugefügt worden, dessen Ersatz nicht an„ders, als nach den besondern Umständen des be„leidigten Theils bestimmt werden könnte; so würde „der in einem solchen Falle gewählte Schiedsrichter „nach Billigkeit handeln müssen, d. i., er müßte „von dem Gesetze der Gleichheit abgehen, und auf „die besondern Eigenschaften und Umstände der „Personen Rücksicht nehmen."

"Wenn z. B. der eine dem andern als Knecht „zu dienen, versprochen, und sich dafür einen ge„wissen Lohn bedungen hätte, in der Folge aber „darüber Klage führte, daß sein Herr ihm allzu „schwere Arbeiten auflegte: so müßte der Richter „sowohl die Bedürfnisse des Herren als die beson„dern Eigenschaften des Knechts erwägen, und hier„nach sein Urtheil sprechen. Eben so würde der „Schiedsrichter die Schadloshaltung dessen, der

„durch die Beleidigung des andern einen Daumen „verlohren hätte, nach dem Gewerbe und den per„sönlichen Umständen des Beschädigten abmessen.“

“Es könnte bedenklich scheinen, daß ich die „Billigkeit in Rücksicht auf die Verschiedenheit der „Personen und Umstände setze, da doch besonders „bey dem lateinischen Worte aequitas der Begriff „der Gleichheit zum Grunde liegt. Allein, Paritas „und Aequitas sind nicht gleichbedeutende Worte. „Erstere ist der Grund des Rechts: letztere der „Billigkeit, und das Verhältnißmäßige kommt „dabey vorzüglich in Betrachtung. Zum Beyspiele „dient Lex Rhodia de iactu; wo nicht ein gleicher, „sondern ein verhältnißmäßiger Beytrag zur Ent„schädigung des Eigenthümers der ausgeworfenen „Waaren geboten wird.“

Ehe ich hier weiter gehe, muß ich hierbey bemerken, daß wenn auch zugegeben werden dürfte, daß paritas und aequitas von einander verschiedene Bedeutungen mit sich führende Worte seyen, sich doch daraus noch nicht die Folgerung des Hrn. Verf. annehmen lasse: vielweniger kann ich mich von der hier eintreffenden Paßlichkeit des gegebenen Beyspiels überzeugen. Lex Rhodia de iactu, setzt den Fall voraus, da Einer für Alle und zu deren Besten litt. Wenn nun alle ohne Verhältniß auf ihren erhaltenen Gewinn oder richtiger, ihres vor=

gebeugten Verlustes in Rücksicht des mehreren oder mindern Theils ihres Gutes den, der zu ihrem Besten das Seinige hingab, entschädigen, dann erst würde Ungleichheit vorhanden seyn; folglich, so bald jeder nach dem Verhältnisse seines geretteten Guts Entschädigung leistet, alsdann erst ist Gleichheit vorhanden. Diese ist nichts anders als aequitas.

Auch das erstere Beyspiel scheint nicht recht zuzutreffen. Denn wenn durch einen Vertrag einiger Mitglieder eines neu errichteten Staates ungleiche Rechte unter ihnen eingeführt werden, und die Art der Ausübung nicht vollständig bestimmt, oder, durch Verletzung der Rechte des andern diesem ein Schade zugefügt worden, dessen Ersatz nicht anders, als nach den besondern Umständen des beleidigten Theils bestimmt werden könnte; so würde der in einem solchen Fall gewählte Schiedsrichter deßwegen nach Billigkeit — oder nach den Nebenumständen und sonstigen Verhältnissen — handeln müssen, weil das Gesetz der Gleichheit hier gänzlich unanwendbar seyn würde. Wenn aber der Richter bey einem vorhandenen deutlichen aber unbillig scheinenden Gesetze, aus Rücksicht auf besondere Verhältnisse des einen oder des andern Theils davon abgehen darf, weil sonst etwas Abgeschmacktes daraus folgen würde, so tritt die von

Hartleben gegebene erste Regel ein, und der Verf. jener Abhandlung schiene alsdann jener Meinung sich zu nähern. Er scheint solches durch das von ihm selbst gegebene Beyspiel des Miethcontracts zwischen dem Herrn und Knecht zu bestätigen: obgleich dieses in der That sein Wille wohl nicht seyn kann. Er fährt fort: "Allerdings wird der „billige Mann die durch positive Gesetze eingeführte Ungleichheit zu mildern suchen, so weit solches der Gerechtigkeit unbeschadet geschehen kann. „Allein das thut er eben, indem er auf die besondern Eigenschaften und Verhältnisse der Personen „Rücksicht nimmt. Er bleibt alsdenn nicht bey „dem allgemeinen Begriffe: Edelmann oder Bauer „stehen, sondern sieht in beyden den Menschen, „ob er gleich nicht alle Menschen auf gleiche „Weise behandeln wird."

"In so fern aber der Schiedsrichter bloß nach „dem Rechte im engern Verstande handelt, bekümmert er sich nicht um den Unterschied der Personen, sondern nur darum, daß jeder auf gleiche „Weise bey seiner Freyheit, selbst zu urtheilen, geschützt werde."

"Es läßt sich also schon im natürlichen Zustande des Menschen, d. i., ehe positive Gesetze „gemacht worden, ein wesentlicher Unterschied zwischen Handlungen der Billigkeit und der strengen

„Gerechtigkeit denken, und was noch merkwürdiger „ist, dieser Unterschied äußerte sich auch dort schon „bey dem rechtmäßigen Zwange des einen gegen „den andern. Auch dort ereigneten sich schon Fälle, „wo jemand zu dem, was billig ist, gezwungen „werden konnte."

Ich habe schon bemerkt, daß von diesem Naturrechte, ehe noch positive Gesetze gemacht waren, hier die Rede nicht seyn kann. Wie soll man sich also jenen Unterschied von Billigkeit und strengem Rechte denken? Nicht anders läßt sich dieß erklären, als daß diese vermeinte Billigkeit für eine clementia, Gnade, bloße Güte, ohne Rücksicht auf einen Grund des Naturrechts, gehalten werde: hingegen strenges Recht in dem Sinne verstanden werden müsse, daß es das Naturrecht selbst sey. Und in so fern konnte doch wohl keiner zu dem, was billig war, mit Zwang angehalten werden; sondern einzig nur in dem letzteren Falle, vorausgesetzt, daß ein reines Naturrecht auch Zwangsrecht habe. — Denn jemand zur Beobachtung einer bloß willkürlichen Gefälligkeit und Commiseration mit Gewalt zwingen zu wollen, dazu vermochte doch wohl die Billigkeit in jenem natürlichen Zustande — und überall — nicht. Liebespflichten, officia pietatis, leiden keinen Zwang. Vielleicht erläutert das folgende des Hrn. W. diese Zweifel,

in der pag. 376. "Wenn aber dieser Zwang nicht „in Ungerechtigkeit ausarten soll, so muß das Recht „selbst unstreitig seyn, das Unbestimmte nur in „seiner Wirkung liegen, und diese dem Unterschiede „des berechtigten und verpflichteten Subjecte an„gemessen werden: wobey es sich wiederum von „selbst versteht, daß diese Wirkung, ob sie gleich „erst nach den Umständen der Personen bestimmt „werden soll, doch an sich ungezweifelt seyn müsse. „Es wird dabey immer als gewiß vorausgesetzt, „daß es ungerecht seyn würde, wenn die Sache „noch ferner in dem alten Zustande verbliebe."

"Niemahls kann also die Billigkeit bloß darin „bestehen, daß man ein noch unerwiesenes Recht als „erwiesen annimmt. Es kann daher auch die im „Cod. Frid. P. III. T. 36. §. 6. enthaltene Verord„nung, vermöge welcher die streitige Sache getheilt „werden soll, nicht für billig angesehen werden, wenn „auch gegen dieses Gesetz sonst nichts einzuwenden „wäre."

"Wenn derjenige, der sein Recht auf eine „gewisse Thatsache gründet, diese nicht erweisen „kann, so muß der andere bey dem ruhigen Be„sitze der diesem Rechte entgegenstehenden Freyheit „geschützt werden."

"Die Theilung der streitigen Sache kann also „nur alsdenn der Billigkeit gemäß seyn, wenn die

„Sache nicht in ihrem vorigen Zustande verbleiben „kann, sondern es ausgemacht ist, daß der gegen„wärtige Besitzer dieselbe einem andern überliefern „müsse. Wenn nun keiner von denen, welchem „die Sache überliefert werden müßte, eine gesetz„liche Vermuthung für sich hätte, und alle Gründe „mangelten, weßwegen einer dem andern vorzu„ziehen wäre, so würde die Theilung der streitigen „Sache sowohl mit den Regeln der Gerechtigkeit „als der Billigkeit übereinstimmen."

"Deßwegen ist in der neuen Proceßordnung „P. IV. T. 6. §. 148. ausdrücklich festgesetzt, daß „derjenige mit seiner Klage oder seiner Einwen„dung abgewiesen werden soll, welcher dieselbe we„der beweisen, noch durch eine rechtliche Vermu„thung begründen kann. Erst, nachdem dieser Satz „unmittelbar vorher festgestellt, und alle Regeln, „nach welchen der Beweis zu beurtheilen ist, voran„geschickt worden, wird eben daselbst im §. 149. „die Theilung der streitigen Sache erlaubt."

"Eine dergleichen Theilung würde z. B. als„dann Statt finden, wenn eine theilbare Sache „zwar einer gewissen Person gültig vermacht wor„den, es auch vollkommen ausgemacht wäre, daß „von einer bestimmten Anzahl Menschen nur einer „gemeinet seyn könne, unter diesen aber keiner „einen vorzüglich gültigen Anspruch nachzuweisen

„vermöchte; wobey jedoch wiederum vorausgesetzt „werden muß, daß keiner eine gesetzliche Vermu„thung für sich habe.“

“Bey einem solchen Falle kann die Sache un„möglich im alten Zustande verbleiben. Der Erbe „hat kein Recht, die vermachte Sache zu behalten. „Es ist klar, daß sie entweder dem Titius, oder „dem Sempronius überlassen werden muß; aber „welchem von beyden, läßt sich nicht ausmitteln. „Sind die Verhältnisse und Bedürfnisse auf beyden „Seiten gleich, so würde auch alsdenn wiederum „die Regel der Gerechtigkeit eintreten, und die „Sache gleich getheilt werden müssen. Aber ich „nehme den Fall an, der Erbsetzer hätte verord„net, ein gewisser bey seinem Hause gelegener „Platz sollte seinem Nachbar, der lange einen Gar„ten bey seinem Hause zu haben gewünscht, dazu „eingeräumt werden; gesetzt, es wäre erwiesen, „daß beyde Nachbaren in gleich gutem Vernehmen „mit dem Erblasser gestanden, und beyde densel„ben Wunsch öfters geäußert hätten; es könnte „auch dieser Platz, wenn er einem oder dem an„dern ganz eingeräumt würde, beyden gleich nütz„lich seyn; es wäre aber die Lage der Grund„stücke so beschaffen, daß bey einer gleichen Thei„lung des Platzes, der eine ihn nicht nach seiner „Gemächlichkeit nutzen könnte. Wenn sich nun in „diesem Falle eine etwas ungleiche Theilung denken

„ließe, wodurch beyde Nachbaren gleiche Bequem„lichkeit erhielten: würde es alsdenn nicht billig „seyn, diese ungleiche Theilung vorzunehmen, wenn „nur der, welcher an Land verlöhre, eine andere „verhältnißmäßige Entschädigung dafür erhielte?"

Dieß gegebene Beyspiel scheint wiederum für den Satz zu zeugen, daß die Billigkeit vom Richter dem Gesetze vorgezogen werden dürfe; daß es mithin mit seinen sonstigen Aeußerungen im Widerspruch zu liegen das Ansehen gewinnen möchte: besonders da er selbst gesteht, daß die Ausübung der Billigkeit wohl da keinem Bedenken unterworfen sey, wo der Gesetzgeber selbst der Willkür des Richters einen freyen Wirkungskreis gelassen habe. Allein in dem eben erwähnten Beyspiele wird ja vorausgesetzt, daß es an einem anwendbaren Gesetze gefehlt habe. Sodann rechtfertigen ferner die vielen Limitationen den Hrn. Verfasser gegen diesen Verdacht. Es erhellet dieses noch mehr daraus, daß er sich darauf bezieht, daß alsdann nur kein Bedenken gegen die vom Richter anzuwendende Billigkeit eintrete, wenn der Gesetzgeber ihm solches selbst vorgeschrieben habe. Daß aber unter der Willkür des Richters nichts anders als die Billigkeit oder die genaueste Erwägung der Nebenumstände und besondern Verhältnisse zu verstehen sey, bedarf kaum einer Bemerkung. — Aber

wohin würde der Hr. Verf. die Verordnung rechnen, wenn eine geschwängerte Person mehrere angibt, die sich zu gleicher Zeit mit ihr fleischlich vermischt haben, und solche wegen Ungewißheit des rechten Vaters die Alimente für das Kind jeder für seinen Antheil oder pro rata zu bezahlen, condemnirt werden? — Doch, es fehlt selbst an solchen Vorschriften einer vom Gesetzgeber dem Richter nachgelassenen Beurtheilung nicht, wie ich z. B. die Lehre vom Beweise anführen kann. So erlaubt C. 5. X. de test. cogend. dem Richter, nach seinem arbitrium — statt aequitas — über die Zulässigkeit des Zeugen zu urtheilen; besonders auch darüber, wenn die Frage entsteht, ob die praesumtio generalis gegen die Glaubwürdigkeit des Zeugen durch praesumtiones speciales elidirt sey: z. B. bey der Zulassung des Sachwaldes, Anwaldes, Mandatars, für ihre Principale und Mandanten: des intimen Freundes: desjenigen, der ein Interesse bey dem Ausgange der Proceßsache hat: des Mäklers rc. Welchem auch das Römische Recht nicht zuwider ist. Von der Heimlichkeit des Zeugenverhörs weiß aber — wie ich oben gezeigt habe — das Römische Recht nichts. Ferner haben die Gesetze in der Materie von dem Absonderungsrechte beym Concurse, die vtilis rei vindicatio — wie man sagt — aus besonderer Billigkeit demjenigen gegeben, welcher bisher nicht Eigenthümer von der

Sache war, und doch als erdichteter Eigenthümer diejenige Sache, in deren Betracht er diesen Vorzug erhalten, vtiliter vindiciret *a*). Ich kann nicht weniger die P. O. P. I. T. 10. §. 84. bemerklich machen; wo ausdrücklich gesagt wird, daß es dem vernünftigen Ermessen des Richters überlassen sey, in wie fern Personen, die zu Zeugen vorgeschlagen werden, wegen ihres hohen Ranges, oder Alters, oder ihrer körperlichen Umstände wegen von der Erscheinung an ordentlicher Gerichtsstelle zu dispensiren, und durch eine Commission in ihrer Behausung abzuhören sind. Gleiche Beyspiele finden sich häufig in dem Ehescheidungs-Edicte, besonders §. 12-13. - 32 und 34. Und wie soll man auch zweifeln, daß in der Art Fällen der Richter von den Gesetzen abweichen könne, wo keinem der streitenden Theile ein Unrecht daraus erwächst. Ist es denn nicht völlig einerley, ob der zu vernehmende Zeuge an der gewöhnlichen Gerichtsstelle, oder in der Wohnung des Richters, oder in des Zeugen eigenen Behausung abgehört werde, wenn nur die sonstigen Erfordernisse gehörig beobachtet werden? Und kann man zweifeln, daß auch vorzüglich in Policeysachen hin und wieder abgewichen werden könne. Hier ist eine ganz eigene Art von Gesetzen; hier hat der Policey-Verwalter, die

a) Gmelin Ordn. d. Gläubiger. ed. 4. §. 2. S. 10. c. 1.

Policey-Commission, oder wie es sonst heißen mag, oft besondere Instructionen, unendlich mannichfaltige Rücksichten, die sich nicht nach andern Fällen der Gesetzverfassung abmessen oder in Vergleichung stellen lassen. Insbesondere äußert sich dieses bey der policeymäßigen Einschränkung der Freyheit der Einzelnen. Ferner äußert sich dieses beym Gildenzwang, Auflagen auf Waaren, Licent, Accise, Import, Patente auf Waaren und Bücher, Privilegien. Ueber alle diese Dinge können die gewöhnlichen Regeln des Privatrechts wegfallen, so bald es der Staat zu seiner Erhaltung nöthig findet, die Freyheit einzuschränken: und nur der Staat, nicht der Einzelne vermag darüber zu urtheilen.

Aehnliche Bewandniß hat es mit Disciplin-Gesetzen, für das Militär; insbesondere aber für die Studirenden auf Universitäten: und überhaupt mit academischen Gesetzen. Diese pflegen sich über alle mögliche Förmlichkeiten des Processes wegzusetzen, und beachten nur das Wesentliche, weil es übel aussehen würde, den Studenten durch Weitläuftigkeiten im processualischen Verfahren vom Studiren abzuhalten. Es gibt zwar viele, welche die academische Disciplin als eine von der academischen Justiz und Policey verschiedene Sache betrachten. Allein ohne Grund; und ihre Merkmahle oder die Gegenstände, auf welche sich nach ihrer Meinung

die academische Disciplin erstrecken soll, führt sie doch bald wieder auf die academische Justiz und Policey zurück. Daß aber übrigens die Universitäts-Disciplin als Fortsetzung der Schulzucht behandelt, von allen juristischen Förmlichkeiten deshalb gereiniget und in eine hausväterliche Gewalt umgeschaffen werden müsse, läßt sich wohl nicht gut behaupten. Daß aber im Gegentheil auch von einer freyen Willkür des academischen Gerichts die Rede nicht seyn könne, erhellet schon aus der bekannten Gewißheit, daß eine unbeschränkte Willkür selbst in den Händen der besten Männer gefährlich werden kann. Sodann aber kann ja auch, was die Sache selbst betrifft, keine Willkür Statt finden. Was geht den Bürger die disciplinarische Behandlung des Studenten an, wenn auch der Student eine solche seiner Seits sich gefallen lassen muß. Und sind es Schuldensachen, so trifft ja deren Beurtheilung mehr die Aeltern als den Studenten selbst. Es würde hier zu weit führen, mich weiter darüber auszulassen. Es bleibt indessen immer doch so viel gewiß, daß bey academischen Gesetzen andere Verhältnisse und Rücksichten eintreten, als bey sonstigen bürgerlichen Gesetzen, und daß dem academischen Gerichte mehrere Freyheit an die Hand gegeben worden, als anderen Gerichten. Dieses beruhet aber immer auf Vorschriften des Gesetzgebers. Es ist bloße Ausnahme von

der sonstigen Regel. Ein guter Aufsatz über die Disciplin auf Universitäten findet sich in Herrn D. T. R. Klein, Annalen der Gesetzgebung ꝛc. a)

Aber außerdem ist bekannt, daß Gewohnheitsrechte, daß Observanzen entstehen können. Wenn auch gleich über die Kennzeichen eines solchen Gewohnheitsrechts die Meinungen verschieden sind; so läßt man es doch gewöhnlich zu, nicht bloß als Bestimmung dessen, worüber es annoch an einer gesetzlichen Bestimmung fehlt, sondern auch um ein Gesetz genauer zu bestimmen, zu modificiren oder wohl selbst aufzuheben: oder welche — wie man in der juristischen Sprache sagt, — derogiren und abrogiren. Die Gründe des Gewohnheitsrechts liegen — nach der gewöhnlichen Meinung, — in dem Beweise mehrerer einzelnen nicht willkürlich unternommenen Handlungen, die nicht gerade gerichtlich seyn müssen: wobey das meiste vom vernünftigen Ermessen des Richters abhängen soll. Bey gerichtlichen Observanzen hingegen in vernünftiger Beobachtung einer gesunden Entscheidung eines vorkommenden Falls, dessen Entscheidung nach dem älteren Gesetze von vielleicht hundert und mehr Jahren, in der jetzigen Zeit, bey veränderten Grundsätzen unvernünftig seyn würde. Bey beyden hingegen, daß der Gesetzgeber solche Abweichungen wenigstens still-

a) Bd. 19. Nr. IV. S. 247 ff.

schweigend genehmiget zu haben, sich vermuthen lasse. Consuetudinis autem ius esse putatur id, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobarit. In ea autem iura sunt quaedam ipsa iam certa propter vetustatem, quo in genere et alia sunt multa et eorum multo maxima pars, quae praetores edicere consueuerunt *a)*. Cicero redet hier aber von dem durch Edicte der Oberhäupter des Staats, insbesondere der Prätoren und Aedilen aufgestellten Gewohnheitsrechte. — It is one of the characteristic marks of English liberty, that our common law depends upon custom, which carries this internal evidence of wisdom along with it, that it probably was introduced by the voluntary consent of the people *b)*.

Hiervon lassen sich genug Beyspiele angeben, wenn die Sache selbst nicht schon hinlänglich ausgemacht wäre. Die vorhin vom Hrn. Hofr. Meister angeführten Stellen scheinen dieses auch berücksichtiget zu haben. Allein es vermag selbst dieses doch nicht, dem Richter hierbey eine gefällige Willkür zu überlassen, da der stärkste Grund doch besonders in der stillschweigenden Genehmigung des Gesetzgebers liegen soll; oder wegen dessen nicht

a) *Cicero.* de iuuent. II. 22.

b) *Blackstone.* Vol. 1. p. 74.

erfolgten Mißbilligung, indem solches unter seinen Augen vorging oder doch wenigstens zu seiner Wissenschaft nach Lage der Sache hätte gelangen müssen. Er genehmigte solches stillschweigend, oder mißbilligte es nicht ausdrücklich, weil er es vernünftig und angemessener als das ältere Gesetz hielt. So z. B. gehören nach dem Römischen Rechte in die erste Classe bey Concursen diejenigen Gläubiger, welchen die Gesetze ein ganz besonderes Vorzugsrecht gegeben haben: wohin denn auch nur allein die Leichen- und Begräbnißkosten zu rechnen sind. Dessen ungeachtet haben nicht bloß besondere Landesgesetze, sondern auch vorzüglich eine allgemeine Gewohnheit mehreren Gläubigern den Vorzug hier classificirt zu werden, eingeräumt *a*). Es können sogar besondere Provinzial-Gewohnheitsrechte, Gewohnheiten des ganzen Deutschen Reichs entgegenstehen, wie das z. B. der auffallende Fall ist bey Berichtigung der so genannten Gant-Proceßkosten: wo nach der ersteren jedem Gläubiger solche pro rata — wie z. B. im Braunschweig-Lüneburgischen, nach letzterer aber aus der Masse, vorabgenommen werden *b*). Gleicher Classification erfreuen sich die Kosten der letzten Krankheit des Gemeinschuldners, nicht sowohl nach dem gemeinen

a) *Kock*. Rumpel in D. de pecunia ad emendum credita priuilegiata vel non. §. 5.

b) Gmelin Ordn. der Gläubiger. Cap. 2. §. 1.

Rechte, als vielmehr nach der allgemeinen Gewohnheit in Deutschland *a*). So steht auch der Liedlohn, nicht nach einem allgemeinen ausdrücklichen Gesetze, sondern nach einer allgemeinen Gewohnheit in Deutschland, gleichmäßig in der ersten Classe *b*). Wie mancherley Abgaben und fiscalische Forderungen rechnet man nicht nach der allgemeinen Praxis unter diejenigen, welche im Concurse ein besonderes Vorzugsrecht in der ersten Classe haben, ob ihnen solches gleich nach dem gemeinen Rechte nicht zustehen möchte, indem sie nach diesem den eigentlichen Steuern nicht gleich zu setzen sind: als z. B. Landgarben, Handlohn, Brunnengeld, Spatzengeld, Maulwurffanggeld, Amtsschaden, Glöcklersgeld, Weglösen, Hellerzinse rc.

So wie sich indessen manche Gesetze finden, welche theils im Allgemeinen, theils diese oder jene Observanz, oder Gewohnheit sanctioniren: eben so gewiß gibt es auch Verordnungen, die solche ganz ausdrücklich verbieten. — Aber — eine Behauptung, die gewiß niemand bezweifeln wird — nach allen menschlichen Gesetzen ist es erlaubt, ein kleineres Uebel zu begehen, um ein größeres Gute daraus

a) Gmelin l. c. §. 4.

b) Gmelin l. c. §. 7.

c) Gmelin Ordn. der Gläubiger. Cap. 2. §. 11. D. pag. 114 ff.

hervorzubringen; wie z. B. nach Staatsgrundsätzen eine Provinz weggegeben werden darf, um ein Königreich zu sichern; oder wenn der Wundarzt ein Glied abnehmen darf, um den übrigen Körper zu retten. Läßt sich dieses und ähnliche Maximen auch auf die Freyheit des Richters bey der Anwendung der Gesetze extendiren? Wir haben ein Moralgesetz, niemahls Uebel zu thun. Dieses ist unveränderlich. Und dieses Gesetz ist gerecht: denn, wenn wir ein geringeres Uebel begingen, um dadurch ein größeres Gute zu bewirken, so würden wir gewisse Uebertretungen wegen der damit verbundenen, möglichen Vortheile, wagen. Und, wenn gleich der beabsichtigte Vortheil gewiß erfolgen müßte, so könnte doch die Zwischenzeit zwischen der Uebertretung und dem Vortheile, gerade das Moment oder der augenblickliche Zeitpunct seyn, in welchem wir das Leben verließen, um von allem, was wir gethan, Rechenschaft zu geben. Und dann ist — wie ein bekannter Engländer sagt — das Register der Thaten des Menschen ein für alle Mahl geschlossen. — Diese Bemerkungen passen sicher auch hier. Denn könnte der Richter sich über die Gesetze deswegen hinwegsetzen, weil er aus der Anwendung derselben ein größeres Uebel als aus deren Nichtanwendung fürchtete: so beginge er doch immer selbst ein Uebel, indem er immerhin einer Partey zu nahe treten dürfte. — Was von Poli=

cevsachen gilt, kann auf Rechtsfälle nicht angewendet werden. Policey und Justiz sind von einander unterschieden. Hauptgrundmaxime der ersteren ist, Verhinderung des Bösen, zum allgemeinen Besten des Staats; Verbesserung der Sitten 2c. Letztere hingegen hat zum Gegenstand entweder Bestrafung der bereits begangenen Verbrechen, oder Entscheidungen über das sogenannte Mein und Dein. Der Unterschied zwischen Jurisprudenz und Policey ist also in der That nicht so schwer, als es oftmahls scheinen möchte. Die erstere hat dafür zu sorgen, alle Rechtswidrigkeiten zu verhüthen, und sie durch Entscheidungen oder Bestrafungen zu heben. Man pflegt jene iurisprudentia cautelaris, diese aber iurisprudentia vulgaris zu nennen. Die Policey hingegen verhüthet factische Dinge; die iurisprudentia cautelaris hat möglichst zu hintertreiben, daß kein Gesetz, keine rechtliche Entscheidung Platz greifet. Ein Ungenannter sagt: Recht sey das eigentliche Verhältniß aller Wesen zu einander. Dieser Begriff sey so allgemein, daß er auch auf andere Planeten passe, und alle Wissenschaften und Künste umschließe, und es folge, daß Unrecht ein Fehler gegen das Verhältniß sey.

Gesetze seyen die von Völkerschaften angenommene Verhältnisse unter einander zu leben. Diese Verhältnisse könnten eben so gut durch Schriften

als durch lange Gewohnheiten bekannt, und dabey von einander abweichend, selbst Recht oder Unrecht seyn.

Policey sey hingegen die Bestimmung der Formen, wie die Gesetze ausgeübt werden sollen ꝛc. — —

Hiernach gehörte also der Sinn einer Schrift, je nachdem er gut oder schlecht ist, zum Recht oder Unrecht, die Buchstaben aber, womit der Sinn aufgeschrieben wird, zur Policey. So gehörte Sicherheit der Straßen zum Rechte, die Anlagen aber, wodurch die Sicherheit erreicht werden soll, zur Policey, und andere Fälle mehr *a)*.

Auch Disciplinsachen betreffen mehr die Moralität der Person, in sofern sie Einfluß auf das Publicum hat, und Dienstsachen betrifft, als Entscheidungen über Criminal- oder Civil-Rechtsfälle.

Findet der Richter dennoch auch einige Strenge oder Härte im Gesetze, so kann er sich doch deshalb darüber nicht hinaussetzen. Verbesserung oder Aenderung der Gesetze ist Sache des Gesetzgebers, nicht des Richters. Der Richter ist nicht dazu bestimmt, Rechte zu erzeugen, wo keine sind, sondern nur zu erklären, ob ein Recht wirklich vorhanden

a) Der Verfasser erinnert sich jene Sätze in einer Anfrage an Verleger, im Reichs-Anzeiger im Julius-Stück, 1803. gelesen zu haben.

sey oder nicht. Diese Erklärung des Richters hat zwar allerdings ihre eigenen rechtlichen Folgen. Allein der Zweck dieser Entscheidung ist nicht, neue Rechte zu gründen.

Und so führt denn alles dieses auf den richtigen Gesichtspunct bey Beantwortung der Frage, wie sich der Richter in Fällen zu verhalten habe, wo ein Gesetz zur Anwendung kommt, von welchem er glaubt, daß es nie hätte Gesetz werden sollen. Jedem leuchtet in die Augen, wie verschieden der Gesichtspunct des Richters, von dem des Gesetzgebers ist. Es bleibt hier bey der Regel, daß der Richter bey einer Verbindlichkeit, die an sich möglich ist, dieser gemäß erkennen muß, wenn auch das positive Gesetz einen Grund dazu angenommen hat, welchen er selbst nie für hinlänglich halten würde, eine solche Verbindlichkeit zu begründen.

Der V. oftverwähnter Abhandlung erklärt sich noch ferner, daß es sich endlich noch von selbst verstehe, daß die Billigkeit allemahl eintreten müsse, wo der Streit ohne Rücksicht auf persönliche Eigenschaften und Vorzüge nicht entschieden werden könne. Deswegen wären alle engeren Verbindungen, und vorzüglich die häusliche Gesellschaft, nach den Regeln der Billigkeit zu beurtheilen. So müßten z. B. die Rechte der Eheleute, der Aeltern gegen die Kin-

der, und der Herrschaft gegen das Gesinde immer mit Rücksicht auf die besondern Eigenschaften, Umstände und Bedürfnisse der Personen bestimmt werden. Wenn irgendwo dafür gesorgt worden, daß Gerechtigkeit und Billigkeit in Uebereinstimmung gekommen, so sey solches wohl in den Preußischen Staaten geschehen. Daß die Gerechtigkeit nicht unter der Willkür des Richters leiden dürfe, sey eine Gesetzcommission errichtet. Damit das strenge Recht nicht die Billigkeit unterdrücken möge, habe die gesunde Vernunft die Regeln des gerichtlichen Verfahrens bestimmt. Das Recht hänge nicht mehr von bloßen Formeln und unnützen Förmlichkeiten ab. Der Richter sey genöthiget, sich genau um das Factum zu bekümmern, und seine Entscheidungen darnach abzufassen. Die Verrichtungen, welche sonst bloß mechanisch gewesen, seyen nun Gegenstände des Nachdenkens geworden. Eine flüchtige Hand und ein dienstwilliges Gedächtniß reichten nicht mehr hin, einen Prozeß zu dirigiren. Ueberall müsse der Richter nicht allein auf die Vorschrift, sondern auch auf die Wirkung seiner Arbeiten Rücksicht nehmen. Ueberhaupt erweitere die Billigkeit ihr Reich in eben dem Maße, in welchem die gesunde Vernunft ihre Herrschaft verbreite. Jemehr man überall frage, nicht nur was? sondern auch wozu es geschehen müsse: desto mehr gewöhne man sich, auf die Wirkungen seiner Handlungen

Rücksicht zu nehmen, damit man nicht bey Beobachtung der Geseze ihre Absicht vereitle.

Nichts ist wichtiger für den Gesetzgeber, als Gerechtigkeit und Billigkeit mit einander zu vereinigen: und nichts ist einfacher, als das Princip bey Vereinigung der Gerechtigkeit mit der Humanität. Aber dieses ist Sache des Gesetzgebers; und wir können nur mit dem Richter den frommen Wunsch hegen, daß der Landesherr darauf Rücksicht nehme. Ein weiser Gesetzgeber wird, wenn er das wahre Wohl des Staats vor Augen hat, seine Gesetze so einrichten, daß ein jeder nach Möglichkeit in den Stand gesetzt werde, als ein guter und weiser Mensch thätig und wirksam zu seyn, und das Leben möglichst zu genießen. Jeder Mitbürger eines Staats wird nach Kraft und Mitteln streben, sein Wohl zu schützen und zu verbreiten. Der Regent wird diese Thätigkeit zur Beförderung des eigenen Wohls der Bürger so zu schützen suchen, daß der eine dem andern darin nicht hinderlich werde. Hiervon ausgegangen, werden keine Gesetze erfolgen, welche die Freyheit des Einzelnen in allzu enge Grenzen setzten. Denn kann das Gesetz desto eher ausgeübt werden, und der Nachdruck, welchen sie etwa durch Strafen erhalten, wird von der Art seyn, daß er den Uebertretern der Gesetze eben so furchtbar, als den Verehrern derselben tröstlich seyn wird. Lange ist

der Wunsch gehegt, — sagt ein sehr vernünftig denkender Engländer, — daß die gesetzgebende Macht in den Staaten darauf bedacht seyn möchte, die Gesetze mehr auf die Verbesserung der Sitten, als bloß auf die Strenge oder Härte einzurichten; daß diese gesetzgebende Macht mit Ueberzeugung einsehen möchte, daß der wichtige Gegenstand, die Ausrottung von Lastern, nähmlich, nicht dadurch bewirkt werde, daß die Strafen häufig und gemein gemacht, sondern daß sie feyerlich erhalten werden. — Und dieser dringende Wunsch ist ja bisher und seit jenen Zeiten möglichst erfüllt worden. — Und wenn jener Engländer sich auch insbesondere auf Criminalgesetzgebung bezieht; so finden seine Grundsätze doch auch in Civilfällen Anwendung. Nach obigen Grundsätzen würden wir, — sagt er unter andern noch — alsdann statt unserer gegenwärtigen Gefängnisse, welche die Menschen verderblich glauben oder machen — which find or make men guilty, — welche Verbrecher eines begangenen Verbrechens wegen eingekerkert und sie entlassen haben, sie mit der Fähigkeit und Bereitwilligkeit, tausend andere Verbrechen zu begehen, entlassen: — statt dieser Gefängnisse würden wir alsdann wie in andern Theilen von Europa, Aufenthalts-Oerter der Reue und Einsamkeit haben, in welchen der Angeklagte von solchen Menschen Zuspruch erhalten könne, die ihnen zur Reue über ihre schlechte Handlungen, oder zu neuen Grundsätzen in der Tugend, wenn sie unschuldig sind, Veranlassung geben können. Nur dieses, nicht die Vervielfältigung der Strafen, ist das Mittel zur Verbesserung eines Staats. Ich kann hier nicht umhin — fährt er fort — die Gültigkeit des Rechts, welches sich die bürgerliche Gesellschaften in Hinsicht der Todesstrafe bey den Verbrechen angemaßet haben, in Erwägung zu ziehen. In Rücksicht des Mordes ist ihr Recht unbezwei-

felt; denn es ist unser aller Pflicht, abhängend vom Rechte der Selbstvertheidigung, den Menschen auszutilgen, der das Leben seines Mitmenschen für nichts achtet. Wider einen solchen empört sich die ganze Natur. Aber bey einem solchen, der mir mein Eigenthum nimmt, ist das nicht der Fall. Das Naturgesetz hat mir kein Recht gegeben, ihm deshalb das Leben zu nehmen, indem darnach das Pferd, das er mir nimmt, ihm eben so gut als mir zugehört. Wenn ich deshalb ein Recht habe, so muß solches aus einem unter uns errichteten Vertrage entstehen, daß der, welcher mein Pferd entwendet, mit dem Tode gestraft werden soll. Aber dieses ist ein unrechtmäßiger Contract, weil kein Mensch das Recht hat, sein Leben zu veräußern, da es sein Eigenthum nicht ist. Außerdem ist auch ein solcher Contract ungleich; indem es der Billigkeit nicht entspricht, für einen geringen Vortheil eine so große Strafe zu ordnen: und da es weit besser ist, daß zweyer Menschen Leben erhalten werde, als daß einer reiten könne. Aber ein Vertrag, der unter zwey Menschen unrechtmäßig ist, ist es gleichfalls unter hundert oder hunderttausend: denn so wie zehn Millionen Zirkel niemahls ein Viereck machen können; so kann auch die vereinte Stimme von Myriaden das geringste Unrecht nicht zu Recht machen. So redet die Vernunft; und dasselbe sagt die unverschrobene Natur. Die Wilden, die bloß durch das Naturgesetz geleitet werden, gehen sehr gewissenhaft mit dem Leben ihres Mitmenschen um: nur alsdann vergießen sie Blut, wenn sie dadurch vorangegangene Grausamkeit vergelten wollen.

Unsere Angelsächsischen Vorfahren hatten, ob sie gleich streng im Kriege waren, wenige Hinrichtungen zu Friedenszeiten, und in allen angehenden

Gouvernementern, welche noch das Gepräge natürlicher Einrichtungen mit sich führen, findet man kaum ein Capital-Verbrechen.

Unter den Bürgern einer verfeinerten Communität — refined community — findet man Criminal-Verordnungen, welche, in den Händen der Reichen, auf die Armen gelegt sind. Eine Regierung, die älter wird, scheint das mürrische Wesen eines alten Menschen anzunehmen; und, gleich als wenn unser Eigenthum, so wie es sich vervielfältiget, nach dem Verhältniß theurer würde, gleich als ob unsere Furcht vergrößert würde, je größer unser Reichthum wird, befestigen wir unsere Besitzungen stets mit neuen Gesetzen, und bepflanzen sie rund herum mit Strafgerichten, jeden Anfäller davon zurückzuschrecken.

Ich weiß nicht, ob das von der großen Anzahl unserer Criminalgesetze, oder von der Ausschweifung unsers Volks kommt, daß bey uns in einem Jahre mehr hingerichtet werden, als in der Hälfte der übrigen europäischen Staaten zusammengenommen. Vielleicht trägt beydes dazu bey: denn das eine bringt wechselsweise das andere hervor. Wenn eine Nation bey unverhältnißmäßigen Strafgesetzen verschiedenartige Verbrechen mit einerley Strafe belegt sieht, so kommt sie endlich, da sie keinen Unterschied darin wahrnimmt, dahin, auch den Begriff eines Unterschiedes der Verbrechen zu verlieren, und doch ist der Begriff eines richtigen Unterschiedes die Schutzwehr aller Moralität. — When by indiscriminate penal laws a nation beholds the same punishment affixed to dissimilar degrees of guilt, from perceiving no distinction in the penalty, the people are led to lose all sense of distinction in the crime, and this distinction is the bulwark

of all morality. — So bringt die Menge von Gesetzen neue Laster hervor, und neue Vergehungen erfordern auch neue Zwangsgesetze: — thus the multitude of laws produce news vices, and new vices call for fresh restraints. — Es wäre demnach zu wünschen, daß die gesetzgebende Gewalt statt neue Strafgesetze zu erfinden, statt die Banden der bürgerlichen Gesellschaft bis zu einer Ueberspannung anzuziehen, die es am Ende ganz sprengt, statt Verbrecher als unnütze Mitglieder zu vertilgen, ehe man deren Nutzbarkeit gänzlich erforscht hat, statt bessernde Correctionen in Strafsache zu verwandeln, statt alles dessen wäre demnach zu wünschen, daß man eine restringirte Regierungskunst — the restrictive arts of government — versuchte, die Gesetze zu Beschützern des Volks und nicht zu deren Tyrannen zu machen. Alsdenn würden wir sicher finden, daß die Menschen, deren geistiges Wesen so schlecht geachtet wird, bloß der Hand eines Polirers bedürften; alsdenn würden wir finden, daß Verbrecher, die man jetzt mit langen Torturen quält, — um der Ueppigkeit nicht die geringste Gemächlichkeit zu entziehen — lest luxury should feel a momentary pang, — wofern man sie nur gehörig behandeln wollte, in Zeiten der Gefahr dem Staate sehr starke Spannkraft geben könnten; wir würden begreifen lernen, daß so wie ihre äußere Gestalt, so auch ihre Herzen uns gleichen würden: — that as their faces are like ours, their harts so too. — Wir würden einsehen, daß nur wenig Gemüther so weit verderbt wären, daß sie nicht in der Folge der Zeit sollten verbessert werden können: wir würden die Erfahrung machen, daß der Mensch sein Vergehen einsehen lernen könne, ohne deshalb sein Leben einbüßen zu müssen. Wir würden endlich einsehen, daß zu Aufbehaltung unserer Sicherheit sehr selten Blut vergossen werden müsse. — —

So sehr haben wir uns indessen nicht mehr zu beklagen, am wenigsten in Deutschland. Gerechtigkeit und Milde sind von den Gesetzgebern vereint, und tägliche Erfahrung versichert uns von aufgestellten, beherzigten und passenden Grundsätzen. Das zeigen in Criminalfällen die neuen Entwürfe zu Criminal-Gesetzbüchern. Das lehren in Civilfällen die neuen Verordnungen und Landesgesetze, die jene Wahrheit längst bethätiget haben; sie beweisen, daß man an jene Wahrheit gedacht habe, wenn es heißt: Die Römer gaben ihre Gesetze für — die Römer; die alten Deutschen für — die alten Deutschen; und wir müssen sorgen, daß wir gute Gesetze für uns bekommen. — Draußen hängt ein Wappenrock, den Karl der Große, als ein Prinz von dreyzehn Jahren, ordinär getragen hat; sie sind ein Mann in ihren besten Jahren, gesund und stark — ziehen sie ihn einmahl an, und gehen oder reiten sie nur eine halbe Stunde darinnen spazieren! Aber es wäre Thorheit! denn es ist besser und leichter, daß sie sich ein Kleid anpassen lassen, als daß sie sich in das Kleid passen wollen. So ist's unmöglich gut gethan, daß wir unsere Menschen in fremde Gesetze zwingen wollen! ungleich besser wird's seyn, wenn wir die Gesetze nach unsern Menschen und nach unserm Zeitalter einrichten.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

21 · 24 · 41 49 51 53 56 · 73 · 17

99 · [illegible] 123 – 126 · 133
161 wl

[illegible] 157 · 163 · 164 · 187 · 190
1.0

[illegible] u [illegible]

[illegible] p 157

cf Kreitm.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Jordan, Ludwig H.

Über die Billigkeit bey Entscheidung der Rechtsfälle

Göttingen 1804

J.pract. 129
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10554261-5